PRIMERA PARTE

INTRODUCCION

CAPITULO I

1.—EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. NOCIONES GENERALES. 2.—UBICACION DENTRO DE LAS RAMAS JURIDICAS. 3.—OBJETO Y NATURALEZA. 4.—DIFERENCIAS CON EL DERECHO MATERIAL. 5.—DIFERENCIAS CON EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 6.—DENOMINACIONES.

1.—*El Derecho Internacional Privado. Nociones generales.* En los últimos tiempos, gracias a la facilidad que se ha operado en el mundo en materia de traslado de personas, de bienes, de actos relacionados con estos bienes, merced a la celeridad de los transportes y a la facilidad del crédito, el hombre se ha visto envuelto en una serie de problemas de carácter jurídico, pues la mayoría de estos traslados plantean unos *conflictos de leyes* o de *jurisdicción* que importa determinar para poder aplicar la ley que se considere competente. Esto quiere decir que si realizado un acto jurídico cualquiera de la vida real, bajo el imperio de una determinada legislación, al reclamar ese mismo agente sus efectos jurídicos en otra jurisdicción, crea un necesario conflicto de leyes o de jurisdicción, pues hay la posibilidad de aplicar la legislación bajo la cual se realizó el acto o bien la de donde se reclaman los efectos. Por lo tanto, la misión del Derecho Internacional Privado será la de indicar cuál de esas dos legislaciones es la competente.

Estos conflictos de leyes y de jurisdicción se han planteado últimamente porque en la antigüedad greco-romana no existía comunidad internacional jurídicamente organizada y,

por consiguiente, no podía existir lo que actualmente entendemos por Derecho Internacional Privado. En efecto, el imperialismo romano extendió un dominio fuerte y férreo sobre el mundo y no permitió la existencia de Estados libres que podrían considerarse como iguales. Tenían que ser necesariamente amigos y asociados, *amici et socii,* porque de otra forma eran vasallos y sometidos. Un caso típico de carácter histórico fue el del apóstol San Pablo que habiendo infringido cuestiones religiosas del judaismo, no pudo ser juzgado por las autoridades hebraicas por el hecho de ser ciudadano romano. Se concluye de aquí que no existiendo legislación autónoma, separada, no podían haber conflictos de jurisdicción y, por lo tanto, de leyes.

2.—*Ubicación dentro de las ramas jurídicas.* Desde el antiguo derecho romano ha sido dividido el derecho en dos ramas fundamentales, a saber, derecho público como aquél que pertenecía al Estado o del cual él era titular, o *ad statum rei romanae spectat,* y el derecho privado, o sea, aquél que era perteneciente al individuo, o *ad singulorum utilitatem pertinet.*

De acuerdo con este criterio, ¿cuál es la ubicación del Derecho Internacional Privado? Esto que parece fácil ateniéndose al criterio romanista que ha prevalecido hasta el presente, se ha visto complicado en lo que se refiere a esta ubicación porque muchos autores haciendo destacar o dándole demasiado énfasis a ciertas partes del contenido del Derecho Internacional Privado han colocado en forma radical a este derecho, bien sea en la parte pública o en la privada.

Un análisis minucioso de la cuestión, que no valdría la pena de llevarlo a efecto aquí, nos conduciría a la conclusión de que muchos autores ubican al Derecho Internacional Privado dentro del derecho público y dentro de esta rama en el Derecho Constitucional o en el Derecho Internacional Público o si no en ambos. Otros autores lo ubican en el derecho privado y dentro de éste en el derecho interno con algunas ramificaciones del Derecho Internacional Público. En reali-

dad, estas ubicaciones son incongruentes, pues el Derecho Internacional Privado no es absolutamente público ni absolutamente privado. Es, en nuestro concepto, un derecho especial, *sui generis,* por su carácter formal, que se encuentra dentro del derecho material de los Estados con normas de derecho público o privado y que se diferencia del derecho material en el hecho de que su aplicación plantea necesariamente la determinación de una ley competente en razón del conflicto de leyes o de jurisdicción que se ha promovido.

3.—*Objeto y Naturaleza.* Estas nociones generales nos llevan necesariamente a formularnos estas preguntas: ¿qué se entiende por Derecho Internacional Privado, cuál es su naturaleza jurídica y cuál su objeto?

La *naturaleza jurídica* del Derecho Internacional Privado está determinada por la relación jurídica de la cual se ocupa. En realidad, se trata de casos corrientes de la vida real con calificaciones jurídicas distintas según los diversos ordenamientos legislativos aplicables. Estos casos de la vida real, estas relaciones jurídicas son o pueden considerarse como especiales, pues reclaman la aplicación de normas jurídicas propias. Estas normas jurídicas son dadas por un *factor de conexión* y este factor de conexión que es uno de los elementos integrantes en la relación jurídica, hace que se escape esa relación de la jurisdicción local del juez que conoce del asunto. En efecto, el factor de conexión vincula ese ordenamiento jurídico con otro extranjero, determinándose posteriormente y, en forma definitiva, cuál es el competente.

Ya los jurisconsultos de la Edad Media distinguían estos casos o situaciones jurídicas con el nombre de *"cuestiones mixtas"*, reservándose el nombre de *"cuestiones simples"* para aquéllas que no tenían o comportaban tales implicaciones.

De acuerdo con esta distinción, una cuestión era simple cuando para la solución del problema planteado no había sino la aplicación de un solo derecho, de una sola jurisdicción. Por ejemplo, cuando se ventilaba la cuestión de averiguar la capacidad de uno de los contratantes en un acto de comercio, en

cuyo caso los dos estaban domiciliados en la misma jurisdicción judicial, ambos eran de una misma nacionalidad y expresamente determinaban la vigencia de la ley nacional para regimentar el contrato.

Aquí no hay sino la aplicación de una sola ley, y, por lo tanto, no se da conflicto de leyes. Un ejemplo de una cuestión mixta sería cuando se averigua la capacidad de uno de los contratantes, como en el caso anterior, y ese contratante tiene nacionalidad extranjera. Esa capacidad no puede ser determinada por la ley local sino, precisamente, por la personal del contratante, pues de acuerdo con el principio que rige la materia, el estado y capacidad de las personas se rige por la ley personal del individuo, es decir, la nacionalidad o el domicilio [1].

Se nota, entonces, que en las cuestiones mixtas interviene un elemento conexionante que no aparece en las otras y el cual determina que la relación jurídica se le escape a la jurisdicción local del juez. Este elemento conexionante es lo que se llama, como acabamos de indicar, "factor de conexión" que en el ejemplo anterior del contratante extranjero es el de la *nacionalidad,* es decir, la condición de extranjero de ese contratante. Este factor de conexión junto con otros de igual naturaleza, como la ubicación de los bienes muebles e inmuebles, la forma externa de los actos, el domicilio y el principio de la autonomía de la voluntad, determinan la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero conectado necesariamente a través de ese factor o "elemento conexionante" de la relación jurídica.

Por consiguiente, la norma de Derecho Internacional Privado es una norma diferente en el sentido de que necesariamente lleva incorporada entre sus supuestos a uno de esos factores de conexión y, por lo tanto, le da competencia a otro u otros ordenamientos jurídicos distintos. La incorpo-

---

(1) Véase Art. 9º del Código Civil Venezolano, Art. 483 del Código de Comercio, Art. 27 del Código Bustamante y Art. 1º del Tratado, reformado, de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

ración de estos factores de conexión hace que estas normas sean de una naturaleza jurídica especial, a saber, de un derecho formal que no puede por sí mismo resolver el problema que se plantea sino que le da competencia a otro ordenamiento jurídico considerado como competente. En efecto, las normas de Derecho Internacional Privado son normas *distributivas* y, por lo tanto, distribuyen la competencia, siendo la legislación indicada por el factor de conexión la competente para ser aplicada al caso.

Se concluye de aquí que el Derecho Internacional Privado tiene una naturaleza formal, que sus normas tienen carácter *distributivo* y que su *objeto* es señalar, de dos o más ordenamientos jurídicos distintos, cuál es el de ellos el que se debe aplicar para resolver el asunto que se hubiere planteado.

4.—*Diferencias con el derecho material*. Formado un concepto como el que acabamos de formular sobre la naturaleza y objeto del Derecho Internacional Privado, ya es fácil establecer las diferencias que existen entre el Derecho Internacional Privado y el derecho material. De allí que la diferencia radique en la naturaleza jurídica de cada una de las normas de estos derechos. En efecto, en términos generales puede decirse que la norma de derecho es una formulación general y abstracta mediante la cual, cumplido un supuesto de hecho, se establece una consecuencia jurídica determinada. Esto es lo que sucede en todo el derecho material de cualquier Estado. Hay allí un conjunto de normas que en forma general y abstracta determinan un supuesto de hecho, el cual, una vez cumplido, comporta a su vez la realización de la consecuencia jurídica allí prevista. Luego esta clase de norma es de carácter *dispositivo*, vale decir, que esas normas integrantes de ese derecho material disponen en sí mismas lo que se debe hacer o ejecutar una vez cumplido el supuesto de hecho. Lo mismo no se podría decir de las normas de Derecho Internacional Privado. Ellas, efectivamente, establecen como las del derecho material un supuesto de hecho, el cual, una vez cumplido, la norma se declara competente o incompetente para

aplicar la consecuencia jurídica, dándole competencia a otro ordenamiento jurídico extranjero en el segundo caso. Esta última norma es distributiva de competencia y, por lo tanto, la diferencia entre ambos derechos es que el uno es *dispositivo* y el otro es *distributivo*. El uno dispone en sí mismo lo que se debe hacer; el otro le da competencia a un ordenamiento considerado como competente de dos o más llamados a conocer.

5.—Diferencias con el Derecho Internacional Público. Ya nosotros nos hemos ocupado de establecer esta diferencia en nuestra obra *"Derecho Internacional Público"*, Caracas, 1985, p. 11. No está demás que repitamos aquí lo que allí dijimos.

La diferencia entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público se puede establecer atendiendo al sujeto, a las fuentes y al fundamento de ambos derechos.

En cuanto al *sujeto*, el del Derecho Internacional Privado es el hombre, en el sentido de que solamente el individuo o persona jurídica privada con su traslado de un lugar a otro promueve una serie de colisiones de sistemas jurídicos distintos que crean verdaderos conflictos de leyes. En cambio, el Derecho Internacional Público tiene como sujeto al Estado y se ocupa de las relaciones de estos sujetos entre sí. Excepcionalmente tiene que ver con otros entes de Derecho Internacional que no son propiamente Estados, cuya personería proviene directamente de estos últimos.

Con relación a las *fuentes*, las del Derecho Internacional Privado son principalmente la costumbre, la codificación y las legislaciones nacionales. Estas podían señalarse como fuentes también del Derecho Internacional Público con la diferencia de que las legislaciones nacionales son para éste una fuente indirecta, en tanto que para el otro es directa. La costumbre, en efecto, es común a ambos derechos; la codificación también, luego la diferencia radica en las legislaciones nacionales, las cuales si bien son fuentes comunes a los ya

nombrados derechos, son para el Derecho Internacional Público fuente indirecta en tanto que para el Derecho Internacional Privado lo es directa. En efecto, el Código Napoleónico, el Código de Andrés Bello y el Código Civil venezolano difícilmente serán fuentes directas del Derecho Internacional Público y, en cambio, sí lo son del Derecho Internacional Privado.

En cuanto al *fundamento,* puede decirse que ambos derechos, en último análisis, persiguen una finalidad de justicia en el radio de acción que le son propios. Así, el Derecho Internacional Privado señala cuál es el ordenamiento vigente que puede resolver una cuestión de derecho planteada, realizando así una labor de justicia privada. Igualmente el Derecho Internacional Público señala las normas y principios que deben regir las relaciones de los Estados entre sí, que no son otra cosa sino relaciones de justicia internacional de carácter público.

6.—*Denominaciones*. El Derecho Internacional Privado ha recibido diversas denominaciones, todas tendientes a indicar dentro de los términos de su mismo nombre la naturaleza, la clase u objeto de ese derecho. Por eso, contando con esta preocupación e interés del título de nuestra disciplina, muchos autores se han dado a la tarea de darle una denominación distinta a la tradicional y ello ha dado lugar a tantas denominaciones como textos hay sobre la materia, lo cual ha determinado un problema igual al que se confronta con el Derecho Internacional Público, de cuyo planteamiento nos hemos ocupado en nuestra obra ya mencionada [2].

Siguiendo este modo de pensar muy singular de los autores se podría pensar en unas afinidades más o menos homogéneas en las cuales se podrían agrupar estas denominaciones. Muchos autores, por ejemplo, han pensado en la raíz romanística de este derecho. Phillimore lo llamó *"Jus Gentium"*; Foelix, *"Jus Gentium Privatum"* y Lainé, *"Jus Inter*

(2) V. Daniel Guerra Iñiguez, *Op. cit.*, T. I, p. 15.

Gentium Leges". Otros, de textura clásica, lo han relacionado con la aparición de los estatutos y su interpretación, verbigracia, Pablo Voet que lo llamó *"Concurso de los estatutos"* y Huber, *"Conflictus Legum diversarum"*, autorizados posteriormente por tratadistas modernos como Wharton, Westlake, Asser y Despagnet.

Otros autores han tomado en cuenta algunas orientaciones especiales de nuestra disciplina. Así Savigny, enfocando los problemas jurisdiccionales que plantea el Derecho Internacional Privado lo llamó *"Teoría de los límites locales de las reglas de derecho"*; otros han tomado en consideración el factor privado que domina en él, como Estanislao S. Zeballos, autor argentino, que lo denominó *"Derecho Privado Humano"*; otros autores como Laurent que adoptó la denominación de *"Derecho Civil Internacional"*; y otros, en fin, le han dado las denominaciones más diversas como Arminjon, *"Derecho Intersistemático"* y Baty, *"Derecho Polarizado"*.

Pero fue la denominación usada por Story en 1834 en su famosa obra *"Commentaries on the Conflict of Laws"* la que prevaleció a partir de dicha fecha. Schäffner la emplea con mucha aceptación en 1841 y Foelix en 1843 en Francia. Sin embargo, a pesar del uso generalizado que tuvo dicho término, su adopción posterior ha sido de carácter convencional en el sentido de que los dos términos comprendidos dentro del título, "internacional" y "privado", son antagónicos entre sí y además, sugieren una idea distinta de lo que se quiere indicar. En efecto, la materia objeto de nuestra disciplina no es totalmente internacional, pues no se desarrolla o desenvuelve de Estado a Estado, pues ellos no son sujetos de ese derecho. Tampoco no es privada enteramente tal disciplina, pues hay dentro de ese derecho instituciones de carácter público, como son la ejecución de actos y sentencias de autoridades judiciales extranjeras, la extradición y todos los casos de derecho penal que se ventilan en él. Por ello, a pesar de estas observaciones que son muy importantes y que se deben de tomar en cuenta, la denominación empleada por Story ha tenido una aceptación convencional en los últimos años sin que se vea actualmente alguna ventaja práctica para cambiarla.

CAPITULO III

10.—LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1) LA LEY NACIONAL; 2) LOS TRATADOS INTERNACIONALES; 3) LA CONVENCION PARTICULAR; 4) LA COSTUMBRE; 5) LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL; 6) LA DOCTRINA; 7) LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 11.—REFERENCIA AL ARTICULO 8 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. 12.—EL CODIGO BUSTAMANTE. 13.—CARACTERISTICAS DE ESTE CODIGO. 14.—ESTADO ACTUAL DE DICHO CODIGO.

10.—*Las fuentes del Derecho Internacional Privado.* En nuestra obra *"Derecho Internacional Público"*, Caracas, 1985, pág. 30 y siguientes, ya nos hemos ocupado de dar el concepto de lo que se debe entender por fuente, el problema de la clasificación de las mismas y su prelación, por lo cual no insistiremos sobre ello.

En Derecho Internacional Público, como en el presente derecho, los autores no han estado conformes en la clasificación de las fuentes. Porque mientras unos las han clasificado en directas e indirectas o generales y especiales, otros las han dividido en generadora y testificativas, de conocimiento e investigación. Otros, en fin, las han clasificado en didácticas e imperativas, llamadas corrientemente estas últimas *litis-decisorias.*

Una gran cantidad de autores se han pronunciado por la clasificación más simple en esta materia, es decir, directas e indirectas. Comprendiendo, como lo hace Orue [23], dentro de

---

(23) V. José Ramón de Orue y Arregui, *"Manual de Derecho Internacional Privado"*. Madrid, 1952, p. 33.

las primeras a los tratados y leyes interiores; y, dentro de las segundas, a la costumbre, jurisprudencia y derecho científico, o sea, doctrina y principios generales.

Nosotros adoptaremos para su estudio la clasificación de las fuentes en directas e indirectas, comprendiendo dentro de las primeras a 1) la ley nacional, 2) los tratados internacionales, y 3) la convención entre los particulares; y dentro de las segundas a 4) la costumbre, 5) la jurisprudencia nacional e internacional, 6) la doctrina, y 7) los principios generales del Derecho Internacional Privado.

1) *La ley nacional.* Esta es, indudablemente, una de las principales fuentes. El Derecho Internacional Privado se nutre de las normas y principios que están establecidos en los códigos y demás leyes nacionales.

La importancia de estas normas y principios radica en el hecho de que como en todos ellos se encuentra un factor de conexión, éste establece de por sí el sistema propio de Derecho Internacional Privado que predomina en una legislación determinada. Sin embargo, estas normas no están sistematizadas. Antes por el contrario, se encuentran sueltas dentro del derecho material[24]. En Venezuela encontramos normas

---

(24) Un proyecto de ley bajo el título de "Ley de Normas de Derecho Internacional Privado" ha sido elaborado por el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central (V. *"Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal"*, Nos. 127-128, Enero-Diciembre 1964, p. 251 y siguientes). En nuestro concepto, tal ley no nos parece útil ni necesaria. En efecto, encontrándose nuestras normas de Derecho Internacional Privado dentro del derecho material, en atención a los diversos casos que se le presentan al Tribunal, el juez deberá aplicar la respectiva norma, sea ésta una directa o indirecta. Además, ninguna razón aconseja eliminar esos artículos de Derecho Internacional Privado que están en nuestras leyes materiales para ser consultados en una ley única. Si atendemos al sabio principio de Tácito de que la pluralidad o gran cantidad de leyes trae la corrupción de la República, *(corruptissima Republiqua plurimae leges)*, debemos ser parcos y prudentes en la elaboración de leyes que no traen positivamente ningún

de Derecho Internacional Privado en el Código Civil, en el artículo 8, relativo a la aplicación de la ley a todos los habitantes del país, sean nacionales o extranjeros[25]; en el artículo 9, relativo al régimen de la ley venezolana para regir el estado y capacidad de los venezolanos, así residan o tengan domicilio en el extranjero[26]; en el artículo 10, relativo al estatuto real[27]; en el artículo 11, consagratorio del principio *locus regit actum* o estatuto mixto[28]; en el artículo 26 que

---

adelanto o progreso para nuestro sistema legislativo, en especial para nuestro sistema jurídico de Derecho Internacional Privado. Además, debemos tener en cuenta que con una ley uniforme sobre la materia no se va a cambiar nuestro sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, pues para ello bastaría modificar los respectivos artículos en cada uno de los Códigos o Leyes en donde se encuentren. Una ley uniforme, como la presentada, es necesaria en países que tienen un sistema legislativo federal y, por consiguiente, en presencia de una ley como ésta, todos los Estados federados uniformarán sus legislaciones en estos puntos que son casi siempre fuente de conflictos inter-estatales. En Venezuela el caso es muy diferente, pues nuestros Códigos son nacionales y no tenemos conflictos de esa naturaleza. De allí que Tratados como el de Bustamante si son útiles y necesarios, pues mediante ellos se logra que Estados que tienen diferente legislación, la uniformen en aquellos puntos que son motivos de conflictos de leyes, con lo cual se logra que la justicia sea siempre más expedita y alcance mayor extensión y aceptación extraterritorial.

(25) V. artículo 8 del Código Civil que dice. "La autoridad de la Ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República", cuyo origen data del Código Civil de 1873.

(26) *Idem*. El articuló 9: "Las Leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, obligan a los venezolanos aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero". Está consagrado en nuestra legislación en esos términos desde 1867.

(27) *Idem*. El artículo 10: "Los bienes muebles e inmuebles situados en Venezuela se regirán por las leyes venezolanas aunque sobre ellos tengan o pretendan tener derecho personas extranjeras", consagrado definitivamente en nuestra legislación civil desde 1896.

(28) *Idem*. Artículo 11: "La forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorgan en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que éstos surtan efectos en Venezuela, se rigen por

autoriza la aplicación del estatuto personal a los extranjeros residenciados o domiciliados en el país, como concesión recíproca a lo previsto en el artículo 9 del mismo Código [29]. Así también en los artículos 104, 105, 106, y 108 del referido Código, relativos todos al matrimonio de extranjeros en el país; e igualmente en los artículos 879, 880, 881, 993 en materia de sucesión.

Lo mismo encontramos en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil a la aplicación de leyes o principios que debe tener en cuenta el juez en un caso de Derecho Internacional Privado, de lo cual nos ocuparemos más adelante[30]; lo mismo, en los artículos relativos a la eficacia extraterritorial de las sentencias pronunciadas por autoridades judiciales extranjeras, que vino a establecerse entre nosotros desde 1881 y, con cambio profundo, con tendencia al actual sistema del *exequatur*, para toda clase de sentencias desde 1897. El el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1986, la materia está consàgrada en los Artículos 850 a 855[31].

Disposiciones de Derecho Internacional Privado encontramos también en nuestro Código de Comercio, en su artículo 483, cuando nos habla de la ley aplicable para determinar la capacidad de un extranjero obligado por una letra de cambio; y en el 116 del mismo Código, cuando se establece allí el régimen de la ley venezolana para contratos mercantiles ce-

---

las leyes del lugar donde se hacen. Si la Ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse. Cuando el acto se otorga ante el funcionario competente de la República, deberá someterse a las leyes venezolanas", cuya norma se encuentra en nuestra ordenación civil desde 1862.

(29) *Idem*. Artículo 26: "Las personas extranjeras gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que las venezolanas, con las excepciones establecidas o que se establezcan. Esto no impide la aplicación de leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado". Este reconocimiento existe en nuestra legislación civil desde 1881.

(30) V. *infra*, III, 11.

(31) V. *infra*, XXVII, número 137 y siguientes.

lebrados fuera y cumplideros en Venezuela, en el caso de que las partes no hayan expresamente acogido una determinada legislación.

2) *Los tratados internacionales.* Estos, junto con la ley, como ya se ha visto[32], constituyen la primera fuente del Derecho Internacional Privado. En forma tal que, si tan importante ha sido la obra de la codificación civil, también lo ha sido, en iguales términos, la de la codificación internacional.

En forma general puede decirse que los tratados han sido divididos en dos clases: tratados públicos en los cuales está interesado la soberanía o aparato político del Estado, los cuales constituyen *actos políticos;* y, los tratados-leyes que regulan conductas, obligaciones o derechos de los particulares, los cuales podrían ser llamados *actos particulares* en oposición completa a los primeros. Es evidente que, como ya lo tiene enseñado la doctrina[33], los denominados tratados políticos no pueden ser equiparados nunca a la ley interna y, por lo tanto, interpretados por los órganos jurisdiccionales ordinarios y sí por los administrativos y políticos; en cambio, los segundos, afiliados como están a la ley, y sobre la cual privan por concepto del principio de la especialidad, deben ser interpretados por los órganos jurisdiccionales, sin que puedan privar en ningún momento sobre la Constitución y, por consiguiente, sometidos ambos al control de la constitucionalidad[34].

---

(32) V. *supra*, III, 10, 1.

(33) V. R. Marcano Rodriguez, "*Apuntaciones analíticas sobre materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano*". T. I, Caracas, 1941, p. 52. En igual sentido, Paul Lorebours-Pigeonniére e Yvon Loussouarn, "*Droit International Privé*", París, 1970, p. 48 *in fine* y 49. *Idem*. Marthe Simón-Depitre, "*Droit International Privé*", París, 1964, p. 75.

(34) Esto del sometimiento del tratado a la Constitución es el criterio jurídico más acertado en lo que respecta a la doctrina venezolana, pues hay que tener en cuenta que el control de la constitucionalidad lo ejerce en forma exclusiva la Corte Suprema de Justicia (Art. 215, ord. 3º de la Constitución Nacional). Por consiguiente, ningún otro órgano del poder público puede ser delegado para conocer de dicho asunto. Para

América se ha destacado como una de las pioneras en materia de codificación internacional. Ello se ha debido a los indudables nexos de solidaridad política y social que existen entre esos pueblos, y a la preocupación que siempre hemos tenido de concretar en principios o normas aquellas cuestiones que secularmente han dividido a diversas naciones en otras latitudes.

La primera conferencia de Derecho Internacional Privado se celebró en Lima en 1877-78. Concurrieron representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador y Venezuela. Allí se aprobó un tratado en el cual se establecieron ciertas reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado. Este tratado se refería a los siguientes puntos: estado y capacidad de las personas; régimen de los bienes y los contratos; matrimonio; sucesión; competencia y jurisdicción en materia civil y penal; ejecución de sentencias; legali-

---

que el Poder Ejecutivo pueda interpretar un tratado accionado de anticonstitucionalidad debe estar autorizado por la Constitución. Mientras no exista esa autorización expresa el control de la constitucionalidad lo ejerce sobre los tratados, incluidos los *públicos*, nuestro máximo Tribunal. De manera que no es aplicable en Venezuela la doctrina francesa establecida en la Constitución de 4 de octubre de 1958 en la cual se hace la distinción entre los *tratados* propiamente dichos que exclusivamente debe "negociar y ratificar" el Presidente de la República y los *acuerdos* que no son sometidos a ratificación sino a aprobación. La ratificación o aprobación debe estar autorizada por una ley en lo que concierne a tratados de comercio, a aquéllos relativos al estado de las personas o a los que modifiquen disposiciones legislativas de carácter interno (Art. 53). Tanto unos como otros vienen a ser obligatorios desde el momento de su publicación en el periódico oficial. Estos principios constitucionales establecen también una distinción en cuanto a la interpretación de los tratados. En efecto, la Corte de Casación tiene establecido desde 1839 que los tribunales están limitados a interpretar los tratados que tienen que ver con los intereses privados únicamente y por el contrario no pueden conocer de tratados que tengan que ver con materias relativas al orden público internacional por pertenecer al Derecho Internacional Público. Y la misma Corte de Casación que ha conocido de tratados que versan sobre nacionalidad se ha abstenido de hacerlo cuando ella ha considerado que la cuestión tocaba al "orden público internacioual" (V. Henri Batiffol, *"Droit International Privé"*,

zaciones; y disposiciones comunes a los puntos precedentes. El tratado de Lima se inspiró en el principio de la nacionalidad que había puesto en boga desde 1851 la Escuela italiana de Mancini. Este tratado no fue ratificado posteriormente por los Estados concurrentes.

El segundo congreso tuvo lugar en Montevideo en 1888-1889. Allí concurrieron representantes de Argentina, Uruguay, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Perú. Se aprobaron ocho tratados y un protocolo adicional. Los primeros se ocuparon de materia civil, comercial, penal y procesal. Han ratificado estos cuatro tratados Argentina, Paraguay, Uruguay, Perú y Bolivia. Colombia adhirió posteriormente a ellos, con excepción del penal. Las características principales de estos tratados son que

---

París, 1970. T. I. p. 40), especificando claramente el principio y la excepción en decisión de 19 de marzo de 1963 de la Cámara Civil al expresar que "pertenece a los tribunales judiciales interpretar los tratados diplomáticos salvo cuando las disposiciones sometidas a su interpretación ponen en juego cuestiones de Derecho Internacional Público" (*Ibid., Ibid.*). Por consiguiente, estas últimas cuestiones las interpretan los funcionarios de las oficinas legales o administrativas del Gobierno.

Por las razones constitucionales que aludimos al principio de esta nota podemos aseverar que ésta no puede ser la doctrina venezolana Como opinión jurídica disidente de este criterio, véase la sentencia de 29 de abril de 1965 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual dicha Corte sostuvo, con dos votos salvados, que no tenía competencia para conocer de una demanda de anticonstitucionalidad parcial del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y los EE. UU. en 1922, basándose para ello en el artículo 129 de la Constitución Nacional que se refiere *stricto sensu* a la solución pacífica de las controversias que surjan con motivo de la interpretación o ejecución de un tratado, convenio o acuerdo. Como se observa a primera vista, este artículo se refiere a la solución pacífica de las controversias suscitadas por tratados. En cambio lo que estaba planteado ante la Corte era un problema de inconstitucionalidad que sí le competía a la Corte de acuerdo con el artículo 215, ordinal 3º. Véase al mismo tiempo los votos salvados de los magistrados Doctores J. G. Sarmiento Núñez y J. R. Duque Sánchez, que sostienen el punto de vista de la competencia de la Corte (V. "*Gaceta Oficial*", número 958, Extraordinario, de 21 de mayo de 1965). Puede consultarse también la referencia que hacemos de este asunto en nuestro "*Derecho Internacional Público*", Tomo II, Caracas, 1970, pág. 128.

contienen reglas de solución para los casos de Derecho Internacional Privado que allí están contemplados y se inspiran en el principio de la *lex domicilii,* expuesto desde 1849 por Savigny. Los cuatro tratados restantes versan sobre propiedad literaria y artística, patente de invención, marca de comercio y de fábrica y del ejercicio de profesiones liberales. Estos tratados merecieron ratificación por parte de los Estados que concurrieron a su elaboración e incluso fueron objeto de adhesión, algunos de ellos, por parte de Colombia y Ecuador. La importancia de estos tratados consistió en la labor de unificación de las diversas legislaciones sobre esas materias en los distintos Estados concurrentes. Venezuela no formó parte de este evento internacional.

En esta misma ciudad de Montevideo se efectuó un segundo congreso en 1939-1940, con el propósito de conmemorar, en esa forma, el cincuentenario del primer congreso y, a la vez, remozar, poniéndolos al día, los tratados que se habían concluido allí. Este congreso dividió sus actividades en dos etapas, la primera, en los meses de julio y agosto de 1939, se ocupó de estudiar tratados relativos a asilo y refugio político, propiedad intelectual y ejercicio de profesiones liberales; en la segunda, en marzo de 1940, con la concurrencia además de los Estados originales, de Brasil y Colombia, se aprobaron tratados relativos a Derecho Civil Internacional; Derecho Comercial Terrestre Internacional; Derecho de Navegación Comercial Internacional; Derecho Penal Internacional; Derecho Procesal Internacional; y un Protocolo adicional.

Otras conferencias importantes han sido las de La Haya celebradas entre 1893 y 1973. La iniciativa de ellas la tuvo el gobierno holandés asesorado por el distinguido jurista Asser y luego de una primera convocatoria infructuosa pudo lograrse en 1893 la reunión de los representantes de la mayoría de los países europeos, con excepción de Inglaterra y Turquía. En esta Primera Conferencia no se llegó a resultado práctico alguno y la adopción de proyectos de convenciones se dejó para la próxima reunión, la cual se efectuó en el año siguiente. En 1896 se firmaron, en efecto, algunos convenios sobre cues-

tiones de procedimiento civil tales como exhortos, caución *judicatum solvi,* comunicación de actas judiciales y extrajudiciales, etc.

La Tercera Conferencia se efectuó en 1900 y el 12 de junio de 1902 se firmaron tres convenciones sobre tutela de menores, matrimonio, separación de cuerpos y divorcio. En 1904 se reunió la Cuarta Conferencia y en 1905 se firmaron tres convenciones relativas a procedimiento civil que prácticamente sustituía a la que se firmó en 1896 y además otras sobre efectos del matrimonio y guarda de mayores. La Quinta Conferencia se llevó a efecto en 1925. A esta reunión concurrió Inglaterra y en ella se aprobaron unos proyectos de convenciones sobre quiebra, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En 1928 se efectuó la Sexta Conferencia, habiéndose aprobado convenciones relativas a sucesiones, testamento, asistencia judicial gratuita y se hicieron algunas modificaciones a las que habían sido aprobadas en 1902, 1905 y 1925.

Con posterioridad a esta fecha, 1928, se han celebrado seis conferencias más y una extraordinaria, correspondientes a los años 1951, 1956, 1960, 1964, 1966, 1968 y 1972-1973, de cuyas convenciones nos ocuparemos en la parte especial de esta obra [34 bis].

Además de estos congresos especializados se han aprobado muchas materias relacionadas con el Derecho Internacional Privado en las diversas Conferencias Interamericanas de la Unión Panamericana, ahora llamada Organización de los Estados Americanos. En 1971, la OEA en las reuniones de primer período de sesiones de su Asamblea General, celebrada en Costa Rica, resolvió convocar a una Primera Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, la cual se efectuó en Panamá en enero de 1975. Seis convenciones fueron aprobadas allí: 1) Exhortos o cartas rogatorias; 2) Recepción de pruebas en el extranjero; 3) Convención panamericana sobre ré-

---

(34 bis) V. J. A. T. Ortiz de la Torre. "*Las Convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*", Madrid, 1974.

gimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero; 4) Conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; 5) Conflictos de leyes en materia de cheques; y 6) Arbitraje comercial internacional.

Igualmente la Asamblea General de la OEA en su reunión de mayo de 1975 resolvió convocar a una segunda Conferencia que se celebró en Montevideo en 1979, en la cual se aprobaron las siguientes Convenciones: Conflictos de leyes en materia de cheques, Normas generales de Derecho Internacional Privado, Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, Eficacia Extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Cumplimiento de medidas cautelares, Prueba e información acerca del Derecho Extranjero, y Protocolo adicional a la Convención sobre Exhortos y Cartas Rogatorias y Formas anexas a este Protocolo.

Y, por último, se llevó a cabo una Tercera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado que se celebró en La Paz, Bolivia, del 5 al 24 de mayo de 1984, en la cual se aprobaron unas Convenciones relativas a adopción de menores; capacidad y personalidad de las personas jurídicas; competencia en la esfera internacional de la validez de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y un Protocolo adicional a la Convención sobre recepción de pruebas en el extranjero que fue concluida, como se acaba de ver, en Panamá, el 30 de enero de 1978. Más adelante, con ocasión del párrafo relativo al estado actual del Código Bustamante, nos referiremos nuevamente a estas Conferencias.

3) *La convención particular*. El principio de la *autonomía de la voluntad* a que nos referiremos más adelante, (V. *infra,* IX, 39), puede considerarse como fuente del Derecho Internacional Privado porque, en razón de la aceptación que se le ha dado a este principio desde su formulación, viene a constituir una forma de solución de los conflictos cuando las partes expresamente han escogido una legislación determinada para regir un contrato que hayan celebrado. En contra de la opinión de muchos autores, la convención particular puede considerarse como fuente en virtud de que, en aquellos casos en los cuales habría que buscar la voluntad presunta de las partes, *a fortiori* deberá aplicarse el mencionado principio

cuando la voluntad aparece incontrastable de los contratantes.

Más adelante tendremos oportunidad de ocuparnos con más extensión de este principio cuando hablemos de su condición de factor de conexión y de su preeminencia en la materia contractual (V., *infra*, X, 46).

4) *La costumbre*. El Derecho Internacional Privado, más que ningún otro, ha sido en su base un derecho consuetudinario. La costumbre ha regido este derecho desde sus primeros momentos y principios como el que acabamos de exponer, el de la *lex rei sitae*, por ejemplo, han regido como simples costumbres durante mucho tiempo antes de pasar a ser disposiciones positivas de dicho derecho.

Es de advertir que esta costumbre, de la que nos venimos refiriendo, tiene que ser jurídica, es decir, no un simple uso o hábito, sino una costumbre en la cual se encuentren los dos elementos característicos de la misma, a saber, un elemento material, la *consuetudo*, y la opinión jurídica de su necesidad, *opinio juris sive necessitatis*.

5) *La jurisprudencia nacional e internacional*. Esta es otra fuente muy importante del Derecho Internacional Privado. Los diversos principios sentados por los tribunales, los cuales son producto de la interpretación que esos mismos tribunales le han dado a normas y disposiciones de nuestro derecho de una manera uniforme, constituye una fuente porque en un caso análogo o parecido el juzgador encuentra allí un hecho de referencia y las más de las veces un punto clave para resolver un problema jurídico para el cual no existía la norma expresa o ésta resultaba oscura, dudosa o de difícil interpretación. Lo mismo podría decirse de la jurisprudencia internacional que, como su nombre lo indica, es aquélla dictada por tribunales extranjeros en los puntos en los cuales han sido uniformes esos tribunales. Es claro que esta jurisprudencia se hace de aceptación casi obligatoria cuando ella se ha hecho reiterada y hay rasgos fundamentales de similitud entre la institución o relación jurídica extranjera y la propia.

6) *La doctrina*. Esta constituye una fuente muy importante del Derecho Internacional Privado porque estando nues-

tra disciplina sometida a unas pocas y determinadas normas incorporadas en el derecho material de cada Estado, la doctrina viene en refuerzo de esta exigüidad legislativa, a llenar ese vacío y a ilustrar con la razón jurídica lo que en forma desinteresada e impersonal han enseñado autores calificados o bien han expuesto organismos e instituciones especializadas a través de conferencias y reuniones internacionales convocadas con ese fin.

La doctrina es una fuente muy importante porque ella constituye un ancho campo en el desarrollo científico del derecho, y, si el juzgador, no la tomara en cuenta, el derecho que éste elaborase, sería un derecho trunco, sin base científica, y contradictorio.

La doctrina y la jurisprudencia han sido reconocidas en todos los sistemas jurídicos como una de las fuentes, gracias a las cuales se ha enriquecido el Derecho Internacional Privado. En Francia, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido un moderno Derecho Internacional Privado, han incorporado materias nuevas a la disciplina y han sentado criterios definitivos en cuestiones sobre las cuales existía completa ausencia de legislación. El artículo 3º del Código Napoleónico estableció que "las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas se aplican a los franceses aunque residan en país extranjero", sin decir nada expresamente con relación al goce de esos derechos por parte de los extranjeros en Francia. La doctrina y la jurisprudencia francesa han enseñado que, *a contrario sensu,* tal derecho se le debía reconocer a los extranjeros en Francia para poder exigir lo propio fuera de ese territorio y así se ha declarado reiteradamente.

Igual criterio tuvo que predominar en Venezuela con respecto a este mismo asunto, a pesar de que el planteamiento del problema es realmente diferente. En efecto, según nuestra legislación civil y, en forma ininterrumpida, se tenía establecido que las leyes relativas al estado y capacidad de los extranjeros se regían por sus leyes personales, dándole así efecto extrate-

rritorial a esas disposiciones, tal como lo tenía establecido para los venezolanos que estuviesen de tránsito, domiciliados o residenciados en el exterior. Pero el Código Civil de 1916 en su artículo 20, estableció, desconociendo el sistema ya impuesto, que los extranjeros estarían "especialmente sujetos a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República y a lo estipulado en tratados internacionales", a pesar de declarar por el artículo 9 la aplicación extraterritorial de las disposiciones de esa naturaleza a los venezolanos. ¿Cómo quedarían entonces los extranjeros con relación a las leyes del estatuto personal? En ausencia de un texto legislativo deben ser, precisamente, la doctrina y la jurisprudencia, inspiradas en los principios generales del Derecho Internacional Privado, las que vengan a suplir esa laguna. De manera que, de acuerdo a una tradición legislativa que consagraba aquellos derechos, una inducción basada en un argumento *a contrario sensu* y la aplicación de los principios generalmetne aceptados de nuestra disciplina, aconsejaban que tales derechos debían ser reconocidos. En esto fue consecuente nuestro sistema legislativo porque en la reforma introducida en el Código Civil de 1922 se adoptó, definitivamente, hasta el presente, la aplicación de la ley personal para el estado y capacidad de los extranjeros.

7) *Los principios generales del Derecho Internacional Privado*. Estos también son fuentes de nuestro derecho porque primitivamente formaron parte del derecho consuetudinario y luego penetraron en el convencional y legislativo de los Estados. Al comienzo podía decirse que existía un derecho inter-estatal con principios normativos que ninguno de los Estados de la comunidad internacional podría considerarlos como propios. Pertenecían estos principios al acervo jurídico de esa comunidad y, sin ninguna reticencia, tuvieron idéntica validez en cualquiera de estos Estados. Tales principios son, por ejemplo, el de la *lex rei sitae,* o sea, el que rige legalmente a los bienes muebles o inmuebles por la ley donde ellos están ubicados; el de la *locus regit actum,* es decir, el que permite que un acto jurídico cumplido en el exterior tenga completa validez en otro Estado en lo que se refiere a sus formalidades

y solemnidades, así esta relación o acto jurídico sean distintos en este último territorio; el de la *personalidad de las leyes,* mediante el cual las referentes al estado y capacidad de las personas siguen a las mismas, donde ellas establezcan su residencia o domicilio; el de la *autonomía de la voluntad* en materia contractual; el efecto excluyente de la noción del *orden público* y la aplicación, en su caso, de la *lex fori,* y muchos otros más que constituyen los principios que rigen las instituciones y relaciones jurídicas de carácter jusprivatista.

11.—*Referencia al artículo 8 del Código de Procedimiento Civil.* En este Código encontramos el artículo 8 que establece una serie de fuentes a las cuales debe recurrir el Juez para que, en los casos de Derecho Internacional Privado que se le presenten, aplique la disposición o normas que correspondan a fin de que, en concordancia con el artículo 19 del mismo Código, no cometa el delito de denegación de justicia.

En efecto, establece la disposición del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil que, "en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria; y, en último lugar, se regirán por los principios de dicho derecho aceptados generalmente".

De acuerdo con lo establecido en este artículo, el juez ante un caso de Derecho Internacional Privado, debe aplicar, en primer término, los tratados internacionales que sobre la materia haya suscrito Venezuela. Esto se debe al principio de la especialidad de las leyes, *specialia generabilus derogant,* tal como está consagrado en el artículo 14 del Código Civil; en segundo lugar, la norma expresa si la hay; en tercer término, aplicará lo que se desprenda de la legislación patria, en el caso de que no existan aquellas normas; y, por último, aplicará los

principios del Derecho Internacional Privado[35]. El origen de esta disposición está en la reforma de nuestra legislación adjetiva de 1897.

12.—*El Código Bustamante.* El Código de Derecho Internacional Privado, conocido oficialmente con el nombre de Código Bustamante, se aprobó en la Sexta Conferencia Panamericana celebrada en La Habana en 1928 y es obra del ilustre jurisconsulto cubano, Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven.

El origen de este Código se encuentra en un proyecto elaborado por el ya nombrado jurisconsulto como consecuencia del mandato que, junto con otros colegas, recibió en ese sentido del Instituto Americano de Derecho Internacional en su reunión de Lima de 1924. En 1925, la Unión Panamericana solicitó de dicho Instituto la elaboración de un proyecto de Código para ofrecerlo al examen de la Comisión de Jurisconsultos que se reuniría en Río de Janeiro en 1927. Esta Comisión, en este último año, aprobó el proyecto del Dr. Bustamante, que a su vez había sido aprobado por el Instituto y que con las reservas de diez países[36] y diez que lo hicieron sin ella[37], fue aprobado en la aludida Conferencia Panamericana. Estados Unidos se abstuvo de formar parte del Código, alegando la disparidad de su legislación con la de las demás Repúblicas americanas y, Venezuela, que en principio no hizo reservas, pues su Delegación firmó *ad referendum,* en el momento de la ratificación reservó en total cuarenta y tres artículos al mencionado instrumento internacional[38].

---

(35) V. *supra*, III, 10, 7 e *infra*, IX, 39.

(36) Los países firmantes que reservaron fueron Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.

(37) Los países firmantes que no reservaron fueron: Bolivia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela.

(38) V. *infra*, IX, 41, *in extenso*, todo lo relativo a la reserva hecha por Venezuela.

13.—*Características de este Código.* Este Código consta de 437 artículos divididos en un título preliminar y cuatro libros. El título preliminar se ocupa de las cuestiones generales relativas a la condición jurídica del extranjero (artículos 1 y 2); clasificación de las leyes (artículo 3); reglas y preceptos considerados como de orden público internacional (artículos 4 y 5); de la calificación (artículo 6); de las leyes consideradas como personales (artículo 7); y, del respeto de los derechos adquiridos (artículo 8). Por su parte, los libros restantes se ocupan, el primero, de Derecho Civil Internacional; el segundo, de Derecho Mercantil Internacional; el tercero, de Derecho Penal Internacional y, el cuarto, de Derecho Procesal Internacional. En la forma acostumbrada en los Códigos, la materia fue dividida en Libros, éstos en Títulos, éstos a su vez en Capítulos y estos últimos, según el caso, en Secciones.

Técnicamente hablando, la característica principal del Código Bustamante es su artículo 7, según el cual "cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que hayan adoptado o adopte en adelante su legislación interior", el cual establece, como se ve, de una vez, un criterio ecléctico en cuanto al predominio de uno de los dos sistemas vigentes, el de la nacionalidad o el del domicilio, estatuyendo la posibilidad de que, en el futuro, un Estado contratante pueda cambiar su propio sistema y adoptar el otro. El espíritu que informa esta disposición del artículo 7º es el de adaptación, en este punto, con el sistema de Derecho Internacional Privado predominante en cada Estado y, es, precisamente, lo que permite conciliar el Código con las diversas legislaciones nacionales de los Estados partes de la Convención.

14.—*Estado actual de dicho Código.* Este Código se encuentra actualmente ratificado por quince Estados americanos y solamente Estados Unidos, por las razones que acabamos de exponer, Argentina, Paraguay, Uruguay, Colombia y México no lo han hecho.

Actualmente hay un movimiento entre los juristas del Continente con el propósito de revisarlo, actualizarlo y poner-

lo al día en muchos aspectos de sus disposiciones. Haciéndose eco de este sentir, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su reunión verificada en Río de Janeiro en 1950 encargó al Comité Jurídico Interamericano el estudio de esa revisión a la luz de los tratados de Montevideo y del *"Restatement of the law of conflict of laws"*, elaborado por el *"American Law Institute"*(38 bis). En 1958 el Comité Jurídico Interamericano, en su reunión de Río de Janeiro en agosto de aquel año, determinó que el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su Quinta Reunión se abocase al estudio de la revisión de dicho Código, en atención a las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, descartando ya en forma radical su comparación con el *Restatement* por ser técnicamente ineficaz, en razón de la diversidad de sistemas legislativos entre los Estados Unidos y los países latinoamericanos y, además

---

(38 *bis*) El *"Restatement of the law of conflict of laws"* es un instrumento de antecedentes judiciales aprobado por el Instituto Americano de Derecho Internacional en 1934, bajo la dirección del jurista Joseph H. Beale de la Universidad de Harward. No tiene carácter vinculante y se fundamenta principalmente dentro de la teoría de los *vested rights*, tal como lo hemos señalado en el texto (v. *infra*, VI, 27). Contiene 625 artículos comprendidos dentro de doce capítulos en los cuales se han establecido en forma concluyente los principios o reglas que han servido jurisprudencialmente como modos de solución de los distintos casos de conflictos de leyes a que se han abocado los tribunales norteamericanos. En 1969 el mismo Instituto aprobó una nueva versión de esta compilación conocida con el nombre de *"Restatement of the law second, Conflict of laws 2nd."*, elaborado por el Profesor Willis L. M. Reese de la Universidad de Columbia. Esta segunda versión del *Restatement* fue dada a conocer en 1971 y los análisis críticos que se han hecho hasta el presente demuestran que en sus nuevas concepciones los que lo han elaborado, presididos por Reese, han abandonado completamente la teoría de los *vested rights* que era hasta cierto punto el sustentáculo del anterior. A pesar de tratarse de una codificación privada, su fuerza doctrinaria no ha sido desconocida ya que normalmente es aplicado en el territorio de los EE. UU. (V. Tatiana B. de Maekelt, *"Análisis de las Convenciones Aprobadas en Panamá"*, Caracas, 1977, pág. 24).

En su relación con el Código Bustamante, es evidente que, por tratarse de derechos diferentes, es inaplicable como fuente de dicho Código.

que, por la propia Constitución de los Estados Unidos, no se permitía que tuviese efecto extraterritorial un Código en materia civil, mercantil y de todo orden que usurpaba las atribuciones legales que esa misma Constitución le concedía a los Estados que integraban la federación.

Durante la Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos que se efectuó en San Salvador, entre las fechas comprendidas dentro del 25 de enero y el 5 de febrero de 1965, se resolvió proceder a la revisión del Código Bustamante por etapas sucesivas, a fin de efectuarse una revisión a fondo y, al efecto, recomendó que el Consejo de la OEA convocase para 1967 una Conferencia especializada sobre Derecho Internacional Privado, con el propósito de que fuesen revisadas las reglas generales de dicho Código y lo mismo el libro referente al Derecho Civil Internacional, el relacionado con el Derecho Mercantil Internacional y asimismo que se incorporara un nuevo Libro sobre Derecho Laboral. En esta oportunidad, el Consejo Interamericano recomendó que en este estudio y proceso de revisión se tuviesen en cuenta los progresos logrados por la ciencia del derecho y en los tratados de Montevideo de 1889 y 1940.[39]

En acatamiento de esta sugerencia de convocar una Conferencia Especializada, la Asamblea General de la OEA resolvió en su reunión de San José de Costa Rica de 23 de abril de 1971 convocar dicha conferencia a celebrarse antes de 1974. A partir

(39) V. Antonio Linares Fleitas, *Código de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1965. Para la evolución de esta tendencia anterior a 1965, se debe tener en cuenta la iniciativa tomada por el Profesor Albert De Geouffre de La Pradelle, Profesor Honorario de la Universidad de París, ex-Asesor del Ministerio de Asuntos Extranjeros de Francia y Director para la época del Instituto Internacional de Estudios e Investigaciones Diplomáticas de París, quien en comunicación de fecha 5 de mayo de 1949 solicitó la revisión del Código Bustamante ante el Secretario General de la OEA, apoyando de esta manera una iniciativa que en ese sentido tuvo un grupo de estudiantes latinoamericanos en 1948 que seguían un Seminario en los cursos de verano que organizó la Academia de Derecho de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Un año después, 1950, y siguiéndose el impulso de esta iniciativa, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos de la OEA encargó al Comité Jurídico Interamericano la revisión del Código Bustamante. De allí surgen las proposiciones del Comité Jurídico en 1958 y del Consejo Interamericano de 1965 (V. sobre estos antecedentes el documento del Comité Jurídico Interamericano intitulado *Informe sobre la posibilidad de revisión del Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado*, Departamento de Asuntos Jurídicos, Unión Panamericana, Washington, D.C., sept. de 1958 y la publicación oficial del mismo Comité, *Recomendaciones e Informes*, Vol. VII, Río de Janeiro, 1964, págs. 374 a 392).

de este momento, 1971, comienza a moverse una serie de criterios divergentes por parte del Grupo de Trabajo nombrado por el Consejo Permanente de la OEA para ocuparse de ese asunto así como también por parte de los Estados miembros consultados y el Comité Jurídico Interamericano. En efecto, las sugerencias podrían resumirse de la siguiente manera: revisión formal del Código Bustamante, revisión por partes o libros del mencionado Código o la elaboración de ciertas normas de derecho uniforme sobre cuestiones de derecho mercantil y procesal internacional, e incluso, la exclusión completa del "tema relativo a la revisión del Código Bustamante".[39 bis]

Al final lo que se resolvió y lo que el Comité Jurídico realizó fue elaborar en su reunión ordinaria de 1973 los proyectos de convenciones sobre Derecho Mercantil y Procesal Internacional, a saber, 1) Convención sobre sociedades mercantiles; 2) Letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional; 3) Arbitraje comercial; 4) Contratos de transporte marítimo y terrestre con especial referencia a los conocimientos de embarques; 5) Tramitación de exhortos y cartas rogatorias; 6) Obtención de pruebas en el extranjero en asuntos civiles y comerciales; 7) Régimen legal de los poderes; y 8) Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

Este material provisional fue el que sirvió de base para las discusiones que se realizaron el 14 de enero de 1975 en la ciudad de Panamá, a cuya conferencia ya nos hemos referido [39 ter], a saber, 1) Exhortos o Cartas rogatorias; 2) Recepción de pruebas en el extranjero; 3) Convención americana sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero; 4) Conflictos de leyes en materia de letra de cambio, pagarés y facturas; 5) Conflictos de leyes en materia de cheques; y 6) Arbitraje comercial internacional. En esta reunión se decidió convocar una segunda conferencia especializada y la cual se celebró en Montevideo en 1979. En esta reunión se aprobaron las si-

---

(39 *bis*) V. Gonzalo Parra Aranguren, *La codificación del Derecho Internacional Privado en América*. Caracas, 1982. p. 284

(39 *ter*) v. *supra*, III, párrafo 2. Los tratados internacionales.

guientes convenciones: 1) Conflictos de leyes en materia de cheques [39 *quater*]; 2) Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles; 3) Normas generales de Derecho Internacional Privado; 4) Domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado; 5) Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; 6) Cumplimiento de medidas cautelares; 7) Prueba e información acerca del Derecho extranjero; y 8) Protocolo adicional a la Convención sobre exhortos o cartas rogatorias y Formas anexas a este Protocolo.[39 *quiquiens*]

Y, por último, en la Tercera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado que se celebró en La Paz, Bolivia; del 5 al 24 de mayo de 1984, se aprobaron las siguientes Convenciones: 1) sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores; 2) sobre capacidad y personalidad de las personas jurídicas en Derecho Internacional Privado; 3) sobre competencia en la esfera internacional de la validez extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; y 4) un Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero concluida en Panamá el 30 de enero de 1975. (V. sobre estas Convenciones y sus textos en *International Legal Materials*, publicación de American Society of International Law, Washington, D.C., Vol. XXIV, Nº 2, marzo de 1985, pp. 459 a 472 e igualmente en Gonzalo Parra Aranguren en *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1984. Págs. 611 y siguientes).

Para la fecha, estas Convenciones han sido objeto de sanción y ratificación por parte del Ejecutivo Nacional con excep-

---

(39 *quater*) El Comité Jurídico en su reunión de 1973 englobó en su proyecto de convenciones una relativa a letras de cambio, cheques y pagarés. La primera reunión desglosó en dos esta Convención, a saber, letras de cambio, pagaré y facturas, por una parte, y cheques por la otra. Y el hecho de que aparezca otra vez como convención en Montevideo se debió a la circunstancia de que la Conferencia en su reunión de Panamá resolvió "que la materia de cheques ya podía ser objeto de una convención, pero que era conveniente seguir estudiando esa materia a la luz de los adelantos del Derecho en esta rama con el objeto de ver si es posible, en un tiempo relativamente corto, perfeccionar aún más la convención que se había aprobado (en Panamá) en materia de cheques". "Es por esta circunstancia, —explicó enseguida el Secretario General—, que la Conferencia le ha pedido a este Consejo que, si lo tiene a bien, le encomiende al Comité Jurídico Interamericano un estudio más detenido sobre este asunto". (V. *Acta de la sesión del Consejo Permanente de la OEA*, Washington, D.C., el 10 de febrero de 1975, CP/Acta 152/75).

(39 *quiquiens*) V. Gonzalo Parra Aranguren, *Op.cit.*, de la página 533 a 552, los textos de la primera Conferencia; y de la página 553 a 588, los relativos a la segunda.

ción de las referentes a Conflictos de leyes en materia de cheques, Panamá, 1975; domicilio de las personas físicas en Derecho Internacional Privado y Cumplimiento de medidas cautelares, Montevideo, 1979; y todas las de Bolivia, La Paz, 1984.

Del sistema adoptado para la revisión del Código Bustamante resulta, por lo tanto, que este Código estará vigente entre los Estados partes que lo hayan ratificado y no lo estará entre aquellos Estados que habiéndolo ratificado hubiesen ratificado también cualquiera o todas estas Convenciones de 1975, 1979 y 1984, porque éstas constituyen una derogatoria tácita a las disposiciones del Código Bustamante en la materia o materias de que tratan las nuevas Convenciones.

CUARTA PARTE

PARTE GENERAL

CAPITULO X

43.—TEORIA DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 44.—ESTRUCTURA. 45.—CLASIFICACION. 46.—LOS FACTORES DE CONEXION. 47.—CLASES. 48.—REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

43.—*Teoría de la norma de Derecho Internacional Privado.* Siendo el Derecho Internacional Privado un derecho especial, es decir, *sui generis,* su norma tiene que ser necesariamente de esta categoría. Su diferencia con la norma de derecho material está establecida en la naturaleza del derecho a que corresponde, o sea, que mientras la norma de derecho material es dispositiva, la de Derecho Internacional Privado es formal, distributiva y, por tanto, distribuye competencia a otro ordenamiento jurídico, planteando por esta incompetencia un conflicto de leyes, cuya resolución es precisamente el objeto del Derecho Internacional Privado.

En todo sistema legislativo encontramos las normas de Derecho Internacional Privado comprendidas dentro de las leyes de derecho material, pero, dentro de éstas, ellas se diferencian por sus especiales características de conexión, factor que, como se comprenderá, falta en las normas de derecho material.

En efecto, si nosotros analizamos una norma cualquiera de Derecho Internacional Privado, por ejemplo, la contenida en el artículo 993 del Código Civil que dice: "La sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del *de cujus*", encontramos en ella tres elementos, a

saber, la materia propia de la norma, esto es, la sucesión, o sea, el supuesto de hecho y el derecho aplicable a ese supuesto que puede ser el propio derecho o un derecho extranjero, según el *de cujus* tuviese su último domicilio en el país o fuera de él. Este *domicilio* es el factor de conexión y es el que le da característica especial de norma de Derecho Internacional Privado.

Las normas de este derecho versan sobre relaciones jurídicas internacionales de carácter privado, siendo agentes y sujetos de esas relaciones las personas, los bienes y los actos. Cuando las normas se refieren al *individuo,* sea con motivo de actos que tienen que ver con la persona misma o las cosas o conductas con ocasión de esa persona, la norma respectiva es de carácter privado; cuando la norma se refiere a *bienes,* esas disposiciones basadas en un territorialismo absoluto son de orden público; y cuando, por último, la norma se refiere a *actos,* esas normas son regidas por la ley local o territorial, pero no pueden tener efecto extraterritorial sino cuando no colidan con disposiciones de orden público de los Estados donde se pretende reclamar los efectos jurídicos de tales actos. Por otra parte, ciertas normas pertenecientes a un derecho especial dentro del Derecho Internacional Privado tienen las características propias de ese derecho. Por ejemplo, en materia de Derecho Penal Internacional las normas son todas de orden público sin excepción y en las cuales predomina la voluntad del Estado sobre la del individuo. En cuestiones de Derecho Procesal Internacional las normas respectivas pueden ser *ad litem ordinandam* o *ad litem decidendam,* según versen, verbigracia, sobre cuestiones ordenatorias o simplemente decisorias.

Las normas de Derecho Internacional Privado no son todas uniformes en los distintos sistemas legislativos. Esta no uniformidad lleva en la práctica a una serie de divergencias que pueden versar sobre el *contenido* de las normas mismas, contenido éste que plantea un problema de calificaciones, como es, por ejemplo, el caso de la ruptura de los esponsales que es considerado por normas del derecho francés como materia pública, en cambio en el alemán es de carácter privado, pues se considera como incumplimiento de contrato o como un

hecho privado que no da lugar a obligación alguna, tal como lo establece el Código chileno, artículo 98, o bien, como un acto privado que da lugar a indemnizar los gastos en que hubiese incurrido el que no hubiera dado lugar a su rompimiento, artículo 42 del Código Civil venezolano. Las divergencias pueden ocurrir también por los *factores de conexión* que son distintos en las normas de los diferentes sistemas legislativos. Un ejemplo de esta divergencia lo tenemos en el principio de la personalidad de la ley que se basa en la *nacionalidad* dentro del sistema continental europeo y en el *domicilio* que es la base del sistema angloamericano. Estas divergencias se manifiestan a veces dentro de Estados que tienen una misma tradición jurídica, por ejemplo, Venezuela que basa ese principio en la nacionalidad, artículo 9º del Código Civil; y Argentina que lo basa en el domicilio, artículo 6º del Código Civil de dicho país.

44.—*Estructura.* Como se acaba de ver, la norma de Derecho Internacional Privado es de una estructura *formal*, es decir, que se opone a la norma de derecho *material*, que sí da una solución al problema planteado en una forma directa, ya que la consecuencia jurídica indica lo que debe aplicarse a la relación de derecho planteada. Por eso se ha llamado a la norma de Derecho Internacional Privado *indirecta*, porque en razón del factor de conexión que contiene, soluciona el problema jurídico indirectamente, es decir, dándole competencia al ordenamiento jurídico que sea competente. Igualmente se ha llamado a esta norma *distributiva* en razón de que por su característica especial distribuye competencia, pues siempre está referida a un conflicto de leyes, caso éste en el cual no se encuentra la norma de derecho material, la cual es siempre *dispositiva*, es decir, que dispone en sí misma, en su consecuencia jurídica, lo que debe hacerse.

45.—*Clasificación.* Las normas de Derecho Internacional Privado han sido divididas por Werner Goldschmidt[157], aten-

---

[157] V. Werner Goldschmidt, *"Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado"*, T. I, Buenos Aires, 1954. Igualmente *"Sumario de Derecho Internacional Privado"*, Buenos Aires, 1958, p. 56 y siguientes.

diendo a una distinción en cuanto al tipo legal y la consecuencia jurídica. En lo que se refiere a este último elemento, clasifica a dichas normas en *ciertas* y *problemáticas*. Se entiende por las primeras, aquéllas que indican sin ninguna duda la aplicación del derecho propio, como lo es entre nosotros el artículo 10 del Código Civil referente a bienes muebles e inmuebles, regidos siempre por la ley venezolana; es problemática cuando esta norma contiene un elemento extraño y, por lo tanto, un factor de conexión que hace posbile la aplicación de un derecho extranjero. Un ejemplo de ello sería la norma contenida en el artículo 483 del Código de Comercio que establece el régimen de la ley personal para determinar la capacidad del obligado cuando éste es extranjero.

También ha clasificado estas disposiciones en normas de *importación* y de *exportación*. Las primeras se refieren a las normas que obligan a aplicar derecho extranjero y las segundas las que ordenan aplicar derecho propio. Por último, el mencionado autor divide a estas normas en *completas* e *incompletas* y *recíprocas*. Son las primeras las que, de acuerdo con el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica señala cuál es el derecho aplicable. Un ejemplo entre nosotros sería el artículo 993 del Código Civil relativo al momento y lugar de la apertura de la sucesión, pues establecido el supuesto de hecho la misma norma indica cuál es el derecho aplicable[158]. Son modelos de las segundas aquéllas que como el artículo 9º del Código Civil determina como competente la ley venezolana para regir el estado y capacidad de los venezolanos en el extranjero, dejando en el aire la situación de los extranjeros en esos mismos puntos en Venezuela. Por último, son normas recíprocas aquéllas que, como su nombre lo indica, señalan la competencia de la ley con todas las ventajas que ella supone en el caso de que recíprocamente estén consagradas estas prerrogativas en la legislación extranjera. Ejemplo de esta norma sería la contenida en el artículo 850, aparte del Código de Procedimiento Civil en que se señala que sólo las sentencias dictadas en países donde se conceda ejecución a las sentencias firmes pronunciadas por poderes

(158) V *supra*, IX, 42.

judiciales de Venezuela, sin previa revisión del fondo, podrán declararse ejecutables en Venezuela sin ese requisito.

Además, dentro de la Escuela de Mancini las normas han sido clasificadas en *necesarias, voluntarias* y de *orden público*. Las primeras son las personales, de acuerdo con el principio de que las leyes son dictadas para las personas (V., *supra,* VIII, 34); las segundas, las contractuales, en las cuales interviene el principio de la autonomía de la voluntad; y, las terceras, aquéllas en las que se impone una voluntad superior y contra las cuales el particular no puede oponerse.

Por último, en la Escuela de La Habana, el Código Bustamante trae en su artículo 3º una clasificación de las normas en que se estima usualmente dividido todo sistema legislativo, a saber, 1) las de *orden público interno,* 2) las de *orden público internacional,* y 3) las *voluntarias*. Las primeras son las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o nacionalidad y son las que rigen a estas personas donde quiera que se encuentren; las segundas, son las que obligan por igual tanto a nacionales o extranjeros que residan en un territorio, normas éstas llamadas territoriales o locales; y las terceras, son las que se aplican en razón de los actos contractuales de los particulares, cuya fuente de aplicación del derecho es la voluntad misma de los particulares o la que se presume de ellos.

46.—*Los factores de conexión.* Como se ha visto, la consecuencia jurídica de la norma determina el derecho aplicable, esta característica propia de dicha consecuencia jurídica es una *conexión,* y el elemento integrante es lo que comúnmente se llama *factor de conexión*.

Este factor de conexión, como se ha explicado ya, genera los conflictos de leyes, pues necesariamente determina la aplicación de un ordenamiento jurídico de dos o más potencialmente aplicables. Esto era lo que los estatutarios conocieron dentro de las relaciones jurídicas con el nombre de *cuestiones mixtas,* o sea aquellos hechos en los cuales las personas, los bienes o un acto jurídico cualquiera, por estar involucrado uno de estos factores de conexión, plantea un caso de conflicto de

leyes, ya que el Juez al ir a aplicar su propia ley se encuentra con un elemento extraño a su jurisdicción local que hace que se le escape de sus manos el derecho que usualmente aplica. Este elemento extraño dentro de esa relación jurídica es el *factor de conexión.*

De allí que si la norma de colisión conlleva dentro de su consecuencia jurídica un factor de conexión que declara aplicable el derecho domiciliario para la sucesión, la ubicación del bien mueble o inmueble para regir los derechos con él relacionado o la legislación libremente escogida por las partes para regimentar su contrato, este factor de conexión será, respectivamente, el *domicilio,* la *ubicación* del bien mueble o inmueble y el *principio de la autonomía de la voluntad.* En idéntico caso está también el hecho de que se ordene aplicar la ley personal del extranjero para determinar su estado o capacidad. En este último supuesto el factor de conexión será la *nacionalidad* o el *domicilio.*

47.—*Clases.* Existen cinco factores de conexión atendiendo al hecho de que la relación jurídica verse sobre las personas, los bienes o un acto jurídico cualquiera. De allí que los factores de conexión referidos a la persona, sean la 1) nacionalidad o el 2) domicilio. El referente a los bienes, la 3) ubicación de estos bienes muebles e inmuebles; y el que se refiere a los actos, o sea la 4) forma externa de los mismos y el referido a los contratos, es decir, el 5) principio de la autonomía de la voluntad.

El factor de conexión se refiere a la *nacionalidad,* cuando en el caso de dos ciudadanos contratantes se discute el problema de la capacidad de uno de ellos que es extranjero. En este caso la ley competente es la ley personal. Igualmente dicho factor se referirá al *domicilio* cuando en un ordenamiento jurídico, como el venezolano, por ejemplo, se hace regir la sucesión por ese principio. Interviene el factor de conexión, *ubicación de los bienes muebles e inmuebles,* cuando dos ciudadanos celebran en el extranjero un contrato sobre un bien inmueble y este bien se encuentra situado en Venezuela. La *forma externa de los actos* tendría igualmente aplicación cuando se discute

en un país determinado la validez o no de un testamento que ha sido otorgado en el extranjero de acuerdo con las formalidades exigidas en ese país; y, por último, se aplicaría el principio de la *autonomía de la voluntad* cuando las partes de un contrato han escogido libremente una legislación extranjera para hacer regir su convención, a pesar de que por ser cumplidero en Venezuela, pongamos por caso, debería regirse por la ley venezolana[159].

Todos estos factores de conexión no son inmodificables. Unos son cambiables a voluntad del sujeto, tales como la *nacionalidad*, el *domicilio* y la libre escogencia del régimen legal para el contrato en acatamiento al principio de la *autonomía de la voluntad*. Los otros, por el contrario, sí son fijos, a saber, la *ubicación de los bienes muebles e inmuebles* y la ley local que rige la *forma externa de los actos*. Los tres primeros son esencialmente personales y generan los *conflictos móviles* del Derecho Internacional Privado; los dos restantes, por ser leyes locales, son fundamentalmente territoriales.

Otra división puede establecerse haciéndola basar en el *carácter* que ofrece la conexión. En efecto, atendiendo a este carácter la conexión ha sido dividida en *acumulativa* y *no acumulativa*. La primera se subdivide a su vez en *igual* y *desigual* y la segunda en *simple* y *condicional*[160].

Es *acumulativa igual* cuando el factor de conexión conecta con varios ordenamientos jurídicos, los cuales dan cada uno de ellos una solución independiente, por lo cual sólo el acuerdo de dichos ordenamientos permite una solución definitiva. Ejemplo de ello sería el artículo 49 del Código Bustamante cuando determina que, para el cuidado de los hijos de matrimonios nulos, se aplicará la ley personal de ambos cónyuges, si ella fuere común; en su defecto, la del cónyuge que hubiere obrado de buena fe, y a falta de ambos, la del varón.

---

(159) V. *supra*, IX, 39, en cuyo párrafo nos ocupamos de señalar estos factores de conexión de acuerdo a la legislación positiva venezolana.

(160) V. W. Goldschmidt, *"Sumario"*, *Op. cit.*, p. 86 y siguientes.

Es *acumulativa desigual* cuando se aplica un solo derecho a la cuestión planteada, pero complementado por otro que regula la calidad de máximo o mínimo al primer derecho. Ejemplo de ello sería el artículo 10 de la Ley de Propiedad Industrial, el cual establece que en el caso de invento, mejoras y modelos o dibujos industriales patentados en país extranjero, podrán registrarse también en Venezuela, con la salvedad de que dicha patente "se expedirá por el término que permita la ley venezolana o por el que falte para extinguirse la patente concedida en país extranjero, si este último término fuere menor".

Es *no acumulativa simple* cuando la norma de conexión indica de una vez el derecho aplicable, cerrando así la posibilidad de aplicar otra que podía ser competente en razón de la nacionalidad, por ejemplo. El artículo 10 del Código Civil hace regir a los bienes muebles e inmuebles por la ley venezolana, así sean propietarios de ellos ciudadanos extranjeros.

Es *no acumulativa condicional* cuando, a diferencia de la anterior, da competencia a otras legislaciones, pero en forma subsidiaria o alternativa. Es *subsidiaria* cuando en un ordenamiento se establece un solo punto de conexión como el domicilio, pero desconocido éste se le da vigencia a otro, pero en forma subsidiaria, como, por ejemplo, la residencia para el apátrida, tal como está previsto en la legislación contemporánea de Francia, Alemania e Italia. Es, por último, *alternativa* cuando el ordenamiento jurídico ofrece varios puntos de contacto o sedes de la relación jurídica sobre los cuales puede recaer la acción jurídica. Por ejemplo, el artículo 247 del Código Bustamante establece que el carácter mercantil de una sociedad colectiva o comanditaria se determina por la ley a que está sometido el contrato social o por el domicilio comercial o por la del país en que esa cuestión se someta a juicio, cuando en aquellas legislaciones no se distinga entre sociedades civiles o mercantiles.

48.—*Reglas de Derecho Internacional Privado.* Los diversos conflictos que plantean los factores de conexión han ge-

nerado la formulación de determinado número de *reglas* de Derecho Internacional Privado.

Estas reglas son más bien la consagración de ciertos principios generales de dicho derecho, los cuales son productos de la elaboración jurídica dejada por las Escuelas estatutarias de algunos preceptos jurídicos de carácter consuetudinario y de la formación de un derecho inter-estatal que se ha venido acentuando como consecuencia de la existencia en estos últimos tiempos de una comunidad jurídicamente organizada. Dichas reglas corresponden exactamente a la cuestión de cómo se solucionan, en principio, esos diversos conflictos de leyes creados por los factores de conexión. Así, cuando afirmamos que en principio el estado y capacidad de las personas se determina por la ley personal del individuo, estamos formulando una regla, esta es la de la *personalidad de la ley* basada en la nacionalidad o el domicilio. A su vez la ley competente de los bienes muebles e inmuebles se determina por la ubicación de dichos bienes, o sea, que corresponde a la regla *lex rei sitae,* porque de acuerdo con Savigny allí es donde se encuentra la sede de la relación jurídica. Cuando decimos igualmente que las formalidades de un acto jurídico se rigen en principio por la ley local donde se realizó, formulamos de la misma manera otra regla, esta es, la *locus regit actum;* y, por último, en casos contractuales las partes tienen una gran amplitud en la escogencia de la ley que deba regir el contrato. Esto en razón de que esa clase de negociación está regida por normas voluntarias y, por lo tanto, se aplica la regla que reconoce el imperio de la *autonomía de la voluntad.* Estas reglas, llamadas de conflictos, de conexión o de colisión, son *reglas especiales* en el sentido de que pertenecen a la técnica jurídica de un derecho especial, como lo es el Derecho Internacional Privado. Son reglas realmente *atributivas,* formales, porque atribuyen competencia a un ordenamiento jurídico determinado; en cambio las otras reglas de derecho material son dispositivas, y, por lo tanto, no plantean un caso de conflicto, colisión o competencia.

CAPITULO XV

72.—EL REENVIO. CONCEPTO. 73.—ORIGEN. 74.—CLASIFICACION. 75.—EL REENVIO EN LA LEGISLACION, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. 76.—EL REENVIO EN VENEZUELA. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. 77.—LA CUESTION PREVIA O INCIDENTAL.

72.—*El reenvío. Concepto.* En todos los sistemas jurídicos hay reglas de conflicto que dan lugar necesariamente a la aplicación de leyes extranjeras. Estos son conflictos de competencias positivas, en el sentido de que un factor de conexión incluido en una norma de nuestro derecho material le da competencia a un ordenamiento jurídico extrunjero y éste se declara competente. Por ejemplo, un inglés, domiciliado en Inglaterra, muere en Venezuela. Según nuestro ordenamiento civil[282], la sucesión se abre en el lugar del último domicilio del *de cujus*. Luego la ley competente para conocer de la sucesión es la ley inglesa. Este es sencillamente un caso de envío a la ley extranjera. El caso sería completamente diferente si, en el ejemplo propuesto, el inglés muerto en Venezuela tuviese su domicilio en Italia. Entonces, de acuerdo con nuestras reglas de conflicto, será competente para conocer de esa sucesión la legislación italiana y según las normas de conflicto de este país serán las leyes de la nacionalidad del difunto, en este caso, Inglaterra. Como ha podido observarse, ha habido aquí un conflicto de competencia negativo y, por lo tanto, un envío de Venezuela a Italia y un reenvío de Italia a Inglaterra. Esto último es lo que constituye el *reenvío*.

Ahora bien, el reenvío puede darse también cuando se le da competencia al propio ordenamiento jurídico remitente. Así, en el ejemplo anterior, el inglés muere en España, pero tiene

---

(282) V. Artículo 993 del Código Civil.

el domicilio en la propia España. De acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado españolas es competente para conocer de esa sucesión la legislación de la nacionalidad, en este caso la legislación inglesa. Pero, según las normas de conflicto de las leyes inglesas, es competente la legislación española. Hubo, entonces, en este ejemplo, el envío legislativo de España a Inglaterra y un reenvío de Inglaterra a España.

El reenvío constituye una limitación a la aplicación de la ley extranjera porque en muchos sistemas legislativos lo rechazan expresamente como Italia[283] y Brasil[284]. Otros lo aceptan limitadamente a ciertos actos o relaciones jurídicas como Alemania[285] o Suiza, referido únicamente al estado y capacidad de las personas[286]. Y, por último, algunas jurisprudencias son reiteradas en aceptarlo cuando el reenvío es para el ordenamiento jurídico de donde se ha dado la competencia inicial, como lo ha hecho siempre la casación francesa.

73.—*Origen*. Doctrinariamente el reenvío tiene su *origen* en una sonada decisión de la casación francesa. Nos referimos al caso *Forgo*. Este individuo oriundo de Baviera, hijo natural, fue llevado a vivir a Pau (Francia), a la edad de cinco años, donde murió a la edad de sesenta y ocho años. Dejó una herencia de bienes muebles y como herederos sólo parientes colaterales por parte de su madre, ya que no dejó ni cónyuge ni descendientes.

La ley aplicable en este caso era la ley de Baviera porque, según el Tribunal de Casación francesa, casando la sentencia del Tribunal de Pau (1874), Forgo había conservado el domicilio legal de su país de origen. El problema que se planteaba era de la siguiente forma: si se aceptaba la ley bávara, los parientes colaterales accedían a la sucesión; si se aceptaba,

---

(283) V. Artículo 20 del Código Civil italiano de 1939.

(284) V. Artículo 16 de la Ley de 4 de septiembre de 1942.

(285) V. Artículo 27 de la Ley de Introducción del Código Civil alemán.

(286) V. La ley federal suiza de 1874 relativa a matrimonio y divorcio.

por el contrario, la ley francesa, aquéllos quedaban excluidos y accedía el Estado francés. Ante este problema, la Administración de los dominios franceses hizo valer disposiciones contenidas en la ley bávara según las cuales la sucesión de muebles no se regía por el domicilio de derecho del *de cujus* sino por su domicilio efectivo o de hecho. Luego la casación francesa dictaminó en firme sobre el asunto en 1878, diciendo que "según el derecho bávaro, los muebles son regidos, en materia de sucesión, por la ley del domicilio de hecho o de la residencia habitual del difunto. Se sigue de aquí que la entrega de la herencia de bienes muebles que Forgo poseía en Francia, país donde había fijado su residencia, debía ser regida por la ley francesa"(287).

Con este precedente jurisprudencial se estableció definitivamente la figura jurídica del reenvío.

74.—*Clasificación*. Doctrinariamente el reenvío ha sido clasificado de *primer grado* cuando un ordenamiento jurídico incompetente da competencia a otro ordenamiento jurídico extranjero, y éste, igualmente incompetente, lo devuelve por su regla de conexión al que hizo la remisión. Un ejemplo de éste es el célebre caso Forgo del cual nos acabamos de referir. Es de *segundo grado* o *posterior*, cuando un ordenamiento jurídico le da competencia a una legislación extranjera y esta última, declarada incompetente, lo remite a la legislación de un tercer Estado. Así, un extranjero menor de edad de nacionalidad inglesa domiciliado en los Estados Unidos se obliga a través de una letra de cambio en Venezuela. La ley competente para determinar esa capacidad según las reglas del Derecho Internacional Privado venezolano(288), es la ley de la nacionalidad, o sea, la inglesa. Pero ésta, según su propio sistema, es incompetente y le da competencia a la legislación de los Estados Unidos donde está domiciliado. Un reenvío es de *tercer grado*

---

(287) V. Niboyet, *Op. cit.*, p. 323.

(288) V. Artículo 483 del Código de Comercio y Artículo 26 del Código Civil.

cuando se le da competencia a una cuarta legislación y así sucesivamente, llegándose, como se puede llegar en la práctica, a un reenvío indefinido[289], con lo cual se forma un círculo vicioso, pues el conflicto de competencia negativo se hace interminable. Así, por ejemplo, se discute en Venezuela la capacidad de un inglés que tiene su domicilio en Italia y que ha contratado en Bélgica. En este caso, la ley venezolana indica que es competente la ley inglesa; ésta indica como competente la italiana; ésta a su vez señala como competente la del lugar del contrato, Bélgica, y ésta, como la venezolana, señala como competente a la legislación inglesa y así vuelve a comenzar la exclusión de competencias

75.—*El reenvío en la legislación, jurisprudencia y doctrina.* Casi todas las legislaciones de los distintos países no consagran en una forma expresa el reenvío. Apenas si algunos Estados como, por ejemplo, Suecia, Polonia, Japón, Alemania, Hungría, tienen disposiciones expresas al respecto[290]. Pero estas consagraciones no son del todo completas sino que algunas de ellas están limitadas al grado o a ciertas materias o instituciones. Por ejemplo, el Japón limita el reenvío a las cuestiones del estatuto personal; lo mismo Polonia; Suiza en lo que se refiere a matrimonio y divorcio; Hungría en materia de matrimonio como también la ley sueca; y Alemania en lo relacionado con matrimonio, divorcio, régimen matrimonial, capacidad y sucesiones. Rechazan expresamente el reenvío las legislaciones de Italia[291] y Brasil[292].

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, el reenvío se ha venido generalizando en una forma bastante creciente tanto

---

(289) Para la fijación del grado del reenvío se puede adoptar el mismo criterio civil de la determinación del grado en las líneas del parentesco, artículo 39 del Código Civil, es decir, que habrá tantos grados como son los Estados intervinientes menos uno

(290) De Venezuela que sí tiene una norma expresa en materia de letra de cambio, (V. *infra*, XV, 76), nos ocupamos extensamente en el párrafo siguiente.

(291) V. Artículo 20 del Código Civil de 1939. .

(292) V. Artículo 16 de la Ley del 4 de septiembre de 1942.

en conflictos legislativos como de competencia judicial. Siguen esta corriente los tribunales de Suiza, Luxemburgo, los Países Bajos, Alemania y Bélgica, los cuales han venido aceptando el reenvío en una forma reiterada. En cambio, tradicionalmente lo han venido negando los tribunales de Dinamarca, Grecia e Italia.

Desde un punto de vista doctrinario el reenvío ha sido objeto de encontradas apreciaciones. Las opiniones están realmente divididas. Hay, naturalmente, tratadistas que aceptan el reenvío como una técnica especial del Derecho Internacional Privado y los otros que lo rechazan abiertamente.

La exposición doctrinaria más completa ha sido expuesta por Niboyet desde la aparición de su *"Manuel de Droit International Privé"*, en colaboración con A. Pillet, París, 1928, y hasta el presente están condensados allí los argumentos en favor y en contra del reenvío que conservan todavía toda su validez.

Los autores que se han pronunciado abiertamente por el reenvío son, entre otros, Von Bar, Pasquale Fiore, Weiss y Westlake. En sentido negativo se han pronunciado, entre otros, Lainé, Bartin, Kahn, Pillet, Niboyet, Zitelmann, Vico y otro buen número de expositores.

Los argumentos principales en esta materia y a favor son los siguientes: a) la legislación extranjera forma un todo indivisible; b) no hay que ser más exigente que la ley extranjera misma; y c) con el reenvío se asegura la aplicación de las sentencias nacionales en la esfera internacional.

a) *La legislación extranjera forma un todo indivisible.* Este fue el punto que predominó en la Casación francesa con motivo del caso Forgo (1878). Según la entidad pública francesa que intervino en el proceso, *L'Administration des domaines,* el Tribunal de dicho país debía aplicar la ley bávara como un todo indivisible, es decir, su derecho interno y sus normas de Derecho Internacional Privado. Modernamente esto se ha venido refiriendo a la observancia de la *lex competente*. Esto quiere decir que si una regla de Derecho Internacional Privado indica que es competente una legislación extranjera deter-

minada, esta legislación se debe aplicar íntegramente porque el factor de conexión no distingue las diversas clases de un sistema legislativo extranjero, o sea, normas de derecho material y formales. Este en su conjunto debe ser aplicado porque de otra manera, aceptarlo parcialmente o con escogencia se estará desnaturalizando y poniendo a un lado la competencia dada por las reglas o los principios del Derecho Internacional Privado en el Estado que conoce del asunto.

b) *No hay que ser más exigente que la ley extranjera misma.* Cuando, en acatamiento de una norma expresa o de un principio de Derecho Internacional Privado, se le da competencia a un ordenamiento jurídico extranjero y éste se declara a su vez incompetente, no hay razón valedera para que en contra de las exigencias de esa misma ley se desconozca la competencia dada por ella y, por lo tanto, no se aplique. Este argumento lo que quiere decir es que no se debe ser más exigente que la ley extranjera misma, pues si bien la norma de Derecho Internacional Privado que se trata de aplicar se declara incompetente para ser aplicada a la relación jurídica en cambio simultáneamente le da competencia a otra legislación, pues la mencionada norma conexiona la relación jurídica con un supuesto de hecho que puede ser, por ejemplo, el domicilio, y será la legislación del país donde el individuo tenga su domicilio la que será la competente. De manera que la incompetencia de la ley aplicable no es absoluta, pues, como se acaba de ver, le da competencia a otra. En acatamiento de una norma expresa o de un principio general de Derecho Internacional Privado que manda a aplicar la legislación extranjera como un todo indivisible, esta última es la que se debe aplicar

c) *Con el reenvío se asegura la eficacia de las sentencias nacionales en la esfera internacional.* Este argumento rebatido extensamente por Bartin desde la aparición de su obra *"Etudes"*, 1899, que ya hemos citado, en realidad no debe presentarse en la forma utilitaria o pragmática como se ha venido haciendo. En efecto, no es el aseguramiento de una sentencia en la esfera internacional lo que se está buscando cuando se falla en determinada forma, aplicando normas extranjeras y las normas de

otro Estado que aquéllas indiquen. No, el Juez lo que está haciendo es, sencillamente, formándose un juicio jurídico sobre el caso planteado y si sus normas jurídicas o sus principios le indican que para ese determinado caso es necesario aplicar una legislación extranjera con todas sus secuelas, esas debe aplicarlas igualmente, porque su fallo, que será un juicio jurídico, razonado y lógico, debe ser dictado conforme en un todo con su propio derecho. Si no lo hace así, su sentencia es nula. Luego, el fallo tiene que ser conforme a su derecho independientemente de que él será aceptado o rechazado en el extranjero. De manera que la labor por hacer no es, como supone Niboyet[293], de afuera para adentro sino de adentro para afuera.

De allí que observando la técnica especial del Derecho Internacional Privado, y, por lo tanto, sus principios, se puede lograr subsidiariamente eficacia internacional a sentencias nacionales. Pero esto, como está explicado, con carácter subsidiario, porque el meollo del asunto no radica en ello. Claro está que si una sentencia extranjera es dictada conforme a su propia legislación y otra de otro país, pongamos por caso, Venezuela, esta sentencia tiene garantizada su eficacia en este último país una vez que ella se someta al juicio de *exequatur*. Pero no es indispensable que una sentenica extranjera sea dictada conforme al derecho venezolano para que produzca los efectos de prueba, de la cosa juzgada o para que sea ejecutada [294], sino que esa sentencia tiene que someterse a los requisitos considerados esenciales por nuestra legislación adjetiva así como también aquélla que aplique derecho venezolano. En nuestra jurisprudencia tenemos un caso de una sentencia extranjera proveniente del Juzgado Territorial de Hamburgo, (Alemania), en la cual se aplicó derecho venezolano, sentencia ésta que fue aceptada por la Corte Federal [295]. Claro está que esta sentencia alemana con aplicación de derecho venezolano no lo fue por reenvío sino por simple aplicación de derecho extranjero. En efecto, se trataba

---

(293) V. Niboyet, *Op. cit.*, p. 330.

(294) V. Articulo 850 del Código de Procedimiento Civil.

(295) V. sentencia de la Corte Federal y de Casación de Venezuela de fecha 6 de noviembre de 1958 en Herrera Mendoza, *Op. cit.*, pp. 323-328.

de un juicio de divorcio instaurado en Hamburgo por dos cónyuges venezolanos, casados en Maracaibo y domiciliados en la mencionada ciudad alemana. Luego, de acuerdo con el artículo 606, inciso 3º, del Código de Procedimiento Civil era competente el tribunal alemán por tener dichos cónyuges el domicilio del tribunal territorial; pero por la nacionalidad del demandado era competente la legislación venezolana, de acuerdo a las reglas de conflicto contenidas en el artículo 17, inciso 1º, de la Ley de Introducción del Código Civil alemán. La causal invocada, adulterio del marido, era válida tanto para el derecho venezolano, artículo 185, inciso 1º, del Código Civil, como para la ley alemana, artículo 42 de la Ley del Matrimonio.

Si esta sentencia hubiera sido dictada por reenvío también hubiese sido aceptada por Venezuela siempre que se hubieran cumplido los requisitos de orden público de la legislación adjetiva venezolana. Sencillamente en esta sentencia como en otra de reenvío, el juzgador a lo que se atiene es a la técnica que le impone su sistema de Derecho Internacional Privado y el acatamiento a esta técnica lo que hace es robustecer los principios de ese Derecho, y, por lo tanto, permitir que el Derecho Internacional Privado cumpla las funciones que le son propias dentro de la ciencia jurídica. En este caso planteado, como en cualquier otro de reenvío, lo que debe haber es acatamiento a la ley competente y no la aplicación unilateral y excluyente de la *lex fori*[296].

Por último, debemos hacer notar las ideas de Pillet y Niboyet, quienes partiendo de la concepción de Kahn que consideraba el reenvío como "un error fundamental"[297], sostienen que dicha figura jurídica es contraria a los fundamentos del Derecho Internacional Privado y al principio de la sobera-

---

(296) V. lo que hemos dicho a favor de las calificaciones en *supra*, XIV, 70, lo cual es también válido para el reenvío.

(297) V. F. Kahn, "*Abhandlun, gen zun international en Privatrecht*", 1928. T. I. pp. 153 a 16C. En este mismo sentido puede consultarse a Carlos M. Vico, *Op. cit.*, T. I. pp. 169, quien opina que "ese sistema del

nía de los Estados. En efecto, Niboyet no se conforma con rebatir cada uno de los argumentos clásicos a que nos hemos referido anteriormente sino que centraliza sus ideas en estos conceptos: 1) no existe en la práctica el hecho de la comunidad jurídica; 2) cada Estado por su independencia política y soberanía conserva su "carácter nacional de las reglas de solución de los conflictos de leyes"[(298)]. "¿Es posible, en estas condiciones, se pregunta Niboyet, reconocer a una regla de conflicto de leyes de otro poder soberano extranjero, una autoridad mayor que la reconocida a la de la *lex fori?* Si una de estas dos reglas debe prevalecer, será, incontestablemente, la del Juez que conoce del asunto; la otra regla, la del país extranjero, queda sin aplicación; todo ello, sin embargo, a condición de reciprocidad". "Es preciso, en efecto, concluye, sacrificar necesariamente una de estas reglas, en cuyo caso no se puede preferir, contra toda lógica, la regla extranjera a la regla del Juez que conoce del asunto"[(299)]. De allí que señale el tratadista el hecho de que la jurisprudencia francesa en forma tradicional haya aplicado la *lex fori* en materia de conflicto de calificaciones, rechazando la figura jurídica extranjera, y en materia de reenvío, lo acepte como un expediente cómodo de aplicar la propia ley francesa[(300)].

Es evidente que si se asume una posición doctrinaria en materia de Derecho Internacional Privado basada en la soberanía, entonces no sólo tendríamos que rechazar el reenvío sino todas las demás instituciones de este derecho que rocen en alguna forma con la potestad soberana. Con esta concepción se retrotrae el estudio del Derecho Internacional Privado, pues se vuelve a las antiguas fórmulas de la reciprocidad o de la cortesía internacional. Los aportes de Savigny y Mancini para la

---

reenvío no tiene base jurídica; se funda en razones utilitarias, circunstanciales, de interés en la ampliación de la territorialidad del derecho y no en razones jurídicas encaminadas a establecer la armonía entre la regla y la relación de derecho".

(298) V. Niboyet, *Op. cit.*, pp. 304 y 338.

(299) *Ibid.*, p. 339.

(300) *Ibid.*

evolución jurídica de nuestro Derecho quedarían a un lado y su técnica dejaría de existir. En efecto, señalando apenas un punto vulnerable, dentro de esas ideas de Niboyet, relativo a la comunidad jurídica internacional que él indica que existe en teoría pero no en el hecho, habría que advertirle que esa comunidad jurídica internacional no se logrará precisamente con colocarle por delante el infranqueable concepto de "soberanía". Si bien es verdad que tal comunidad no existe en la realidad viva de los Estados, a ello se llegará a través de la observancia por parte de los mismos de los principios generales del Derecho Internacional Privado. Respetando la técnica especial en la cual se mueve este derecho se llegará indudablemente a esa comunidad. Pero si no se da ni siquiera un paso en ese sentido menos se llegará alguna vez.

Como a lo largo de este estudio hemos hecho notar cada vez que hemos considerado necesario hacer hincapié sobre los conceptos renovadores del Derecho Internacional Privado y de la necesidad del acatamiento de sus principios, no nos parece conveniente volver ahondar sobre la materia.

76.—*El reenvío en Venezuela. Legislación y jurisprudencia.* En la única disposición venezolana donde está consagrado el reenvío es en el artículo 483 del Código de Comercio. El origen y circunstancias de su inclusión en nuestro ordenamiento, ya está explicado por nosotros, (V. *supra,* IX, 42) y corresponde exactamente al artículo 74 de los proyectos de Convención de La Haya sobre letra de cambio de 1910 y 1912. Según esa norma, la capacidad para obligarse por medio de una letra de cambio se determina por la ley nacional. Si esta ley indica como competente otra, esta última es la que se aplica. Está, pues, previsto el reenvío.

En ninguna otra disposición positiva venezolana encontramos consagrada esta figura. Queda, por lo tanto, referida a la doctrina y la jurisprudencia. Y, desgraciadamente, tanto una como otra han sido sumamente escasas entre nosotros, por no decir nulas. En efecto, la enseñanza universitaria tradicional al respecto ha sido de lo más cautelosa. El Doctor Francisco

Gerardo Yanes, Profesor titular de esta materia en nuestra Universidad Central, llegó a escribir en su breve manual sobre Derecho Internacional Privado que "no nos atrevemos a pronunciarnos en esta materia por falta de elementos en la doctrina y la jurisprudencia. Nuestra opinión se inclina contra la devolución, por razones de soberanía. Admitir con el Código alemán la devolución cuando sea favorable a la ley alemana, no puede ser nunca una solución de doctrina. En Venezuela no creemos admisible esta teoría. Cuando haya de aplicarse la ley extranjera juzgamos aplicable la ley extranjera interna"(301)

Sólo se han presentado dos casos de reenvío en nuestra jurisprudencia. El primero de los cuales ha dado pie para que autores como Niboyet(302), Orue(303), y otros, hayan puesto de manifiesto que desde 1907 la jurisprudencia venezolana ha aceptado el reenvío.

El caso en referencia que podríamos denominar *De Schuneck* fue el siguiente. En el *"Journal de Droit International Privé"*, París, 1907, pp. 527 y 528, publicó el Doctor Angel César Rivas un comentario de jurisprudencia sobre una decisión de la Corte Superior del Distrito Federal de fecha 24 de noviembre de 1906, con motivo de una adopción realizada por los cónyuges austriacos, domiciliados en Venezuela, señores De Schuneck, y la cual fue publicada en la Gaceta Municipal, Nº 189, del 12 de diciembre del referido año. La sentencia pone de manifiesto que en el caso de autos, la capacidad para adoptar se determina por la ley personal del adoptante y por lo cual la ley de un súbdito austriaco es la ley de su domicilio. Teniendo, entonces, los adoptantes el domicilio venezolano se regía la adopción por la ley venezolana y el acto así realizado sería válido tanto en Austria como en Venezuela. "La sentencia admite el sistema del reenvío, sin discutirlo", dice el Doctor Rivas,

---

(301) V. Francisco Gerardo Yanes, *"Memorandum de Derecho Internacional Privado"*. Caracas, 1912, p. 83. Con la expresión "ley extranjera interna", el Doctor Yanes quiere significar el derecho extranjero de carácter material y no el conflictual (V. F. G. Yanes, *Op. cit.*, p. 81).

(302) V. Niboyet, *Op. cit.*, p. 321.

(303) V. Orue, *Op. cit.*, p. 457.

"desde el momento en que Austria-Hungría, explica en seguida, forma parte del grupo de naciones que, como Inglaterra, Alemania y los Estados Unidos de Norteamérica, admiten como ley personal la del domicilio, la adopción proyectada por los cónyuges De Schuneck, conforme a la ley venezolana, será seguramente tenida como válida en el país del cual son nacionales"[304].

Como lo ha demostrado el Doctor Muci Abraham hijo[305], la mencionada sentencia aplicó un derecho extranjero imaginario, porque para la época de la adopción la capacidad de los austriacos se regía por el principio de la nacionalidad, ya que para ese entonces estaba vigente en Austria el Código Civil de 1811, que entró en vigor el 1º de enero de 1812, y que recibió su primera reforma el 12 de octubre de 1914 en materia de persona, familia y sucesión intestada.

A pesar de este error de fondo de la sentencia, pues por el carácter no contencioso del negocio jurídico, las partes no promovieron la prueba de la existencia de la ley extranjera ni el tribunal la pidió de oficio, la sentencia constituye un auténtico caso de reenvío, ya que hubo por parte de los juzgadores absoluto acatamiento a los principios del Derecho Internacional Privado. De manera que sí lo podemos considerar como un verdadero caso jurisprudencial de reenvío[306].

El segundo caso jurisprudencial a que debemos hacer referencia es el caso *Quintana versus Sion* que fue decidido por

---

(304) V. José Muci Abraham hijo, *"Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío"* en *"Revista de la Facultad de Derecho"*, Nº 3, 1955, p. 120.

(305) *Ibid., Ibid.*, p. 123.

(306) La aplicación de esta ley inexistente se debió más que todo a la enseñanza universitaria de esos tiempos, la cual evidentemente no estaba al día en esta materia. En efecto, el Dr. Yanes en su obra *Memorandum de Derecho Internacional Privado*, publicada en 1912, había dicho: "el antiguo sistema alemán, que aplicaba la ley del domicilio para arreglar el conflicto de leyes en materia de estado y capacidad, priva todavía en Dinamarca, Suecia, Noruega, Austria y República Argentina". V. Francisco Gerardo Yanes, *Op. cit.*, p. 90.

el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil, Caracas, por cobro de bolívares con fecha 29 de setiembre de 1966. El tribunal, a cuyo frente estaba el jurista y profesor universitario Gonzalo Parra Aranguren, consideró en su sentencia que se trataba de una acción derivada de tres cheques que fueron emitidos como forma de pago. En su oportunidad la parte demandada hizo notar que los cheques no tenían fecha y que de acuerdo con el artículo 490 del Código de Comercio no podrían considerarse como tales. Este alegato puso al tribunal en situación de determinar cuál era la legislación competente para precisar la validez del cheque por cuanto los acompañados al libelo tenían impresos como lugar de emisión la ciudad de Nueva York. El tribunal consideró esto como de previo pronunciamiento y de acuerdo con el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil era procedente recurrir a la legislación del lugar de la emisión del cheque de acuerdo con el artículo 11 del Código Civil al tenor del principio del *locus regit actum*. De acuerdo con este principio era competente la legislación de los EE. UU. de América, concretada en la del Estado de Nueva York. Ante este pronunciamiento previo y de oficio, ya que las partes no invocaron derecho extranjero alguno, el Juez decidió efectivamente aplicar la legislación referente al caso del Estado de Nueva York. Llegado este momento el sentenciador se preguntó ¿qué clase de remisión hacía el Derecho Internacional Privado venezolano a la legislación norteamericana? o en otras palabras, ¿esa remisión era únicamente para aplicar normas de derecho material o para aplicar normas de derecho material y de Derecho Internacional Privado norteamericano? El tribunal acoge la tesis de aplicar derecho extranjero como un todo indivisible. "Estima el Tribunal que su función al aplicar derecho extranjero debe ser la de tratar de resolver la controversia en la misma forma a como lo haría un Juez del país respectivo, y, por lo tanto, en el caso concreto este Juzgador debe tratar de llegar a la misma solución a la que arribaría el Juez del Estado de Nueva York si estuviera conociendo de la controversia".

De allí que, según el derecho interno del Estado de Nueva York, *Negotiable Instruments Act,* el cheque no era nulo por

falta de fecha y, según las reglas del Derecho Internacional Privado norteamericano vigente, la ley competente para determinar la validez formal del cheque era la ley del lugar de la emisión del mismo. Pero de acuerdo con ese mismo derecho conflictual el lugar de la emisión *(place of issue)* del cheque no era aquél donde había sido suscrito por el emitente sino aquél donde había sido entregado al beneficiario de acuerdo a la doctrina aceptada en el derecho anglo-sajón (Art. 312 del *"Restatement of the conflict of Laws"* y autor G. C. Cheshire). Según se desprende de autos, el cheque fue emitido y entregado en Caracas, luego, por reenvío, es aplicable la legislación venezolana. Este reenvío de primer grado lo acepta el Tribunal venezolano por analogía a lo previsto en el artículo 483 del Código de Comercio relativo a la capacidad del obligado por medio de una letra de cambio; por acatamiento a principios doctrinarios contenidos en los proyectos de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1965) y en el del Doctor Pedro Manuel Arcaya (1912-14); y en la jurisprudencia sentada por la Corte Superior del Distrito Federal en sentencia del 24 de noviembre de 1906 en el caso *De Schuneck*.

En consecuencia, aceptando el reenvío, el tribunal declaró sin lugar la demanda por cobro de bolívares basada en los cheques insolutos en razón de que, conforme a la ley competente, en este caso la legislación venezolana, la ausencia del requisito de forma de la fecha de los cheques hacía inválidos a dichos cheques como instrumentos de pago[306 bis].

77.—*La cuestión previa o incidental.* Una figura jurídica relacionada con el reenvío es la que en la doctrina se ha venido llamando la cuestión *previa* o *incidental.* Esta es una figura que, aunque independiente del reenvío, tiene una íntima relación con él, ya que el tribunal de la causa puede perfectamente bien aceptar la aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado declarada competente por el ordenamiento

(306 *bis*) Esta decisión fue confirmada por la Corte Superior Segunda en lo Mercantil con fecha 13 de diciembre de 1966 y con fecha 27 de abril de 1967 por la Sala de Casación respectiva. (V. *"Gaceta Forense"*, Nº 56, 2ª Etapa (abril-junio de 1967) págs. 330 a 334).

jurídico extranjero y, por consiguiente, aplicar el derecho de un tercer Estado declarado competente para conocer de la cuestión incidental, con absoluta prescindencia del indicado por la *lex fori*

En efecto, la cuestión previa o incidental se da cuando en la relación jurídica hay una cuestión principal, considerada como tal por su naturaleza intrínseca y a la cual acompaña una accesoria, previa o incidental, que es necesario aclarar primero. De la apreciación de este problema puede resultar que según las normas del Derecho Internacional Privado de la ley donde se conoce el asunto es competente para regir la cuestión principal determinado Estado y de la cuestión previa o incidental otro diferente. Ahora bien, el ordenamiento jurídico conflictual del que va a gobernar la cuestión principal puede señalar como competente a otro ordenamiento distinto del indicado por el del que conoce el asunto. De manera que la cuestión previa o incidental viene a ser referida a dos legislaciones distintas, a saber, la indicada por la *lex fori* y la señalada por la *lex competente*. Si el ordenamiento de la *lex causa* acepta la señalada por la *lex competente* hay reenvío y ha hecho ineficaz su *lex fori*. Así, se discute en Venezuela una sucesión de un individuo cuyo último domicilio fue Inglaterra y, al propio tiempo, surge el problema de la capacidad de uno de los herederos para concurrir a esa sucesión, quien es español y está domiciliado en los Estados Unidos. En este caso es necesario aclarar como previo esta última cuestión, y, según el sistema de Derecho Internacional Privado de Venezuela, es competente para gobernar la cuestión principal (sucesión) el sistema legislativo inglés y para la cuestión incidental (la capacidad de uno de los herederos) el ordenamiento jurídico español[307]. Pero, de acuerdo con el sistema de Derecho Internacional Privado de Inglaterra que es competente para la cuestión principal es a su vez competente para gobernar la cuestión previa o incidental la legislación de los Estados Unidos, que es el lugar del domicilio del heredero cuestionado. Ahora bien, ¿qué legislación debe gobernar la cuestión incidental en definitiva, la legislación espa-

(307) V. Artículo 28 del Código Civil.

ñola indicada por la *lex fori* o la legislación americana indicada por la *lex competente?* En términos generales, la determinación de la ley aplicable a la cuestión incidental está sometida al criterio doctrinario que predomine dentro de un sistema jurídico dado. Es decir, que se aplicará la *lex fori* o la *lex competente* según prive una u otra en la doctrina respectiva, como lo vamos a ver más adelante.

El *origen* de la cuestión incidental o previa estuvo en un célebre caso que conoció la casación francesa en 1931. Se trataba de la célebre reclamación de *Ponnoucannamalle versus Nadimoutoupoulle*. El caso trataba de lo siguiente: un jefe de familia de nacionalidad inglesa, originario de la India, donde habitaba y al morir en 1925 dejó gran cantidad de bienes en Cochinchina, (Francia). Dicho señor tenía varios hijos legítimos y uno adoptivo, pues de acuerdo con la legislación hindú, la adopción se podía realizar aunque existieran hijos legítimos en el matrimonio. Este hijo adoptivo falleció a su vez, dejando un hijo legítimo. Como en su testamento el señor Nadimotoupoulle desheredó al nieto adoptivo, su madre, Ponnoucannamalle, impugnó el testamento. Se fundó en la disposición civil francesa mediante la cual el nieto adoptivo con derecho a representación venía a ocupar el lugar del padre pre-muerto. El Tribunal civil de Saigón en 1928 rechazó la reclamación; la Corte de esa misma jurisdicción confirmó dicho fallo en 1929 y la Corte de Casación francesa confirmó dicha sentencia el 21 de abril de 1931. Los argumentos que expuso la casación francesa fueron los mismos que habían sido expresados por la Corte de Saigón, a saber, reconocía que la adopción realizada por el señor Nadimoutoupoulle fue válida con respecto a la legislación hindú, ya que se realizó de acuerdo con la ley personal del adoptante y el adoptado, pero, al propio tiempo, no le reconocía derechos sucesorios a esa adopción en relación a los bienes pertenecientes a la sucesión del adoptante situado en Cochinchina. Para ello se esgrimieron dos razones, la primera, que la sucesión de inmuebles en Francia se rige por la ley territorial francesa; la segunda, que de acuerdo con el artículo 343 del Código Civil francés se prohibe la adopción a quienes tienen hijos legítimos en su matrimonio, lo cual era una disposi-

ción de orden público internacional. De manera que la adopción realizada, válida para la India era inválida para Francia. Luego el nieto adoptivo no tenía lugar a la sucesión.

A raíz de esta sentencia la doctrina se pronunció en diversas formas. Bartin[308] y Niboyet[309], vieron en esta sentencia un caso de calificaciones, pero la doctrina alemana que se formó en seguida fue mucho más exacta en su apreciación. En efecto, los principales expositores alemanes, Melchior[310] y Wengler[311], sostuvieron que se trataba dicho caso no de un problema de calificación sino más bien de un hecho autónomo, de una cuestión incidental o previa, por cuanto el problema consistía en saber si cuando a un tribunal, en este caso el francés, se presentaba una cuestión previa o incidental, éste debía decidir de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado si dicha cuestión debía ser gobernada por las normas que resultasen competentes según aquellas normas o si, por el contrario, esta cuestión previa o incidental debía ser gobernada por las mismas normas que regían a la cuestión principal. Como se ve, un planteamiento muy distinto al hecho por la doctrina francesa.

De aquí que el problema de resolver por qué legislación se debe regir la cuestión previa o incidental, si por la *lex fori* o por la *lex competente* está referido en los mismos términos en la doctrina que para el caso del conflicto de calificaciones. Melchior y Wengler se pronuncian decididamente por la ley competente, es decir, por la legislación del Estado que conoce de la cuestión principal. Siguiendo esta misma corriente, Wolff ha dicho: "No las reglas conflictuales del foro, sino las reglas de

---

(308) V. E. Bartin, "*Adoption et trasmission hereditaire* en "*Journal de Droit International Privé*", 1932.

(309) V. Niboyet, "*Revue de Droit International Privé*", 1932, p. 542.

(310) V. Melchior, "*Die Grundlagen des deutsches internationales Privatrechts*", Berlín, 1932, pp. 245 a 265.

(311) V. Wengler, "*Die vorfage in kellisionrecht*", 1934.

conflicto contenidas en el sistema jurídico que rige la cuestión principal deben ser aplicadas a la cuestión incidental, la cual de la principal depende"(312).

Una actitud un poco conservadora es la adoptada por la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, que no señala en forma exclusiva a la *lex fori* como la aplicable en el caso de la cuestión previa, incidental o preliminar sino que da lugar, aunque indirectamente, a la aplicación de la *lex competente*. En efecto, el artículo 8° de la Convención referida establece que "las cuestiones previas, incidentales, o preliminares que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última".

---

(312) V. M. Wolff, *"Private international law"*, Oxford, 1945, pp. 206 a 207. *Idem*. edic. española, 1958, p. 190.

CAPITULO XIV Tguas.

68.—LA CALIFICACION. CONCEPTO. 69.—ORIGEN. FRANZ KAHN. ETIENNE BARTIN. 70.—TEORIAS DE SOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE CALIFICACIONES: a) TEORIA DE LA *LEX* COMPETENTE; b) TEORIA DE LA *LEX FORI*. 71.—LAS CALIFICACIONES EN EL DERECHO VENEZOLANO

68.—*La calificación. Concepto.* Los diversos casos de Derecho Internacional Privado plantean indispensablemente conflictos de leyes, en los cuales es necesario aplicar una legislación extranjera señalada por los principios generales de dicho derecho como competente o en acatamiento de una norma expresa[251]. Pero el Tribunal al tratar de aplicar ese derecho extranjero se encuentra, en la mayoría de las veces, con una calificación jurídica en ese derecho distinta con frecuencia al contenido de la que existe en el campo del derecho nacional.

Cada sistema jurídico de acuerdo con su técnica propia, tiene establecido una serie de apreciaciones de este carácter sobre las diversas instituciones o relaciones jurídicas que versan sobre las personas, los bienes y los actos jurídicos. Varía, en efecto, el concepto sobre personas de una legislación a otra. Por ejemplo, en Inglaterra para 1863 existió la pena de muerte civil, la cual no ha existido nunca en Venezuela por tradición constitucional. De manera que esta persona se tiene como viva o no, si se aplica una u otra legislación. En materia de bienes puede haber substanciales diferencias. Por ejemplo, muchas legislaciones consideran como valor apropiable a los bienes corporales únicamente y, en cambio, otras extienden ese concepto a cosas incorpóreas como los derechos reales o los créditos. En cuanto a los actos jurídicos, la calificación de tales

---

(251) V. Artículo 8 del Código de Procedimiento Civil.

actos varían también con mucha frecuencia de una legislación a otra. Por ejemplo, el testamento ológrafo se puede otorgar válidamente en Francia y en cambio en Venezuela está prohibido expresamente[252], de manera que el testamento será válido si se aplica la ley francesa e inválido si la aplicada es la venezolana. Lo mismo sucede con la ruptura de los esponsales, los cuales engendran responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 1382 del Código Civil francés y en cambio en Venezuela no genera obligación legal de contraer el futuro matrimonio prometido ni cumplir la prestación que haya sido estipulada[253], estando obligada la parte que haya incumplido injustamente el compromiso a indemnizar a la otra por los gastos en que haya incurrido con motivo de esa promesa recíproca[254].

Se ve, entonces, que el acto jurídico varía notablemente de una legislación a otra. En Francia se considera como un acto ilícito, en Venezuela como un contrato privado que lo único que da lugar es a la referida indemnización de los gastos ocasionados[255]. Asimismo, la autorización matrimonial, ¿puede considerarse como un elemento integrante de la forma del matrimonio, como está previsto en la Convención de La Haya de 1902, artículo 5º o será una parte integrante del acto mismo?[256]. Igualmente, la prescripción considerada en los Estados Unidos como materia procesal y en Alemania, co-

---

(252) V. Artículo 879 del Código Civil.

(253) V. Artículo 41 del Código Civil.

(254) V. Artículo 42 del Código Civil.

(255) El artículo 98 del Código Civil de Chile considera con mucha más precisión jurídica la ruptura de los esponsales, como un hecho privado, cuando allí se asienta que dichos desposorios no producen obligación alguna ante la ley. "No se podrá alegar esta promesa, agrega el mencionado texto, ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de contrato". En Venezuela, de acuerdo con nuestra legislación positiva, podría considerarse como un contrato privado que da lugar a la indemnización de los gastos hechos probando que la otra parte no tuvo motivo para romperlos.

(256) V. Artículo 59 y siguientes del Código Civil.

mo en Venezuela[257], de carácter substantivo. Un pagaré emitido en los Estados Unidos, donde la prescripción de tal instrumento es de seis años y ejecutado en Alemania cuatro años después, donde la prescripción es de tres años, era válida la prescripción alemana alegada, ¿o podrían importar normas procesales los Tribunales alemanes de los Estados Unidos?[258].

Se nota entonces que las calificaciones y los conflictos que plantean ofrecen ciertas limitaciones a la aplicación de la ley extranjera.

69.—*Origen*. Las calificaciones han tenido su *origen* en la jurisprudencia y la doctrina. Dos casos célebres llamaron la atención sobre el asunto y de los cuales conoció la casación francesa. Nos referimos al *testamento holandés* de 1829 y al de la *viuda maltesa* de 1889.

El primer caso estuvo comprendido dentro de los términos del Código Civil holandés del referido año que prohibía el testamento ológrafo, ya que, como la legislación venezolana actual[259], mandaba que se hiciese auténtico, aunque sujetándose en cuanto a la forma a las disposiciones del país en donde se realizara el acto. El testamento ológrafo otorgado por el holandés, regido por el artículo 992 del Código Civil de Holanda, ¿era válido por ser una forma exigida en este caso por la regla *locus regit actum*, la forma ológrafa autorizada por Francia o, por el contrario, la prohibición contenida en el precepto holandés pertenecía al régimen de la capacidad del ciudadano de ese país y, por lo tanto, al estatuto personal del individuo? De manera que el acto era válido o no, según prevaleciese una u otra calificación. El segundo caso tuvo mayor resonancia. Se trataba de un matrimonio anglo-maltés que contrajo sus nupcias en Malta con un régimen de comunidad de bienes de carácter legal. Después el matrimonio se trasladó a Argelia, donde el marido hizo fortuna, murió *ab intestato* y dejó una

(257) . V. Artículo 1.952 del Código Civil.

(258) V. la resolución del caso en Alvaro Herrán Medina, "Compendio de Derecho Internacional Privado", Bogotá, 1959, pp. 187 y 188.

(259) V. Artículo 879 del Código Civil.

sucesión inmobiliaria sometida lógicamente a la ley francesa, por ser Argelia el domicilio del *de cujus*. Ante la reclamación de la viuda que pedía, según la legislación maltesa, "la cuarta parte del cónyuge pobre" que era un derecho de usufructo, además de su derecho a la comunidad legal de bienes por el hecho del matrimonio, la Corte de Casación francesa, (1889), tuvo que tener en cuenta los siguientes hechos: el régimen matrimonial de bienes de los referidos cónyuges, cuyo domicilio fue Malta, estaba regido por la ley maltesa según el derecho Internacional Privado francés pero, al propio tiempo, y según normas de este último derecho, la sucesión estaba regida por las leyes francesas. La pretensión de la viuda del derecho a la cuarta parte de los bienes en calidad de usufructo, además de lo que legalmente le correspondía, ¿pertenecía al régimen matrimonial de bienes? En este caso era competente la ley maltesa. O, por el contrario, ¿esa pretensión pertenecía más bien al derecho sucesorio? En este supuesto la reclamación se regiría por la ley francesa que desconocía tal pretensión. De la calificación que se hiciese dependía la ley aplicable. La calificación matrimonial llevaba a la aplicación de la ley maltesa (ley del primer domicilio matrimonial). La calificación sucesoral llevaba a admitir como competente la legislación francesa (ley del domicilio del *de cujus*). La casación francesa en vista de que el reclamado derecho lo incluía la legislación maltesa en el régimen del matrimonio y no en el de la sucesión, declaró competente a la ley francesa para conocer del asunto, *lex fori*, y descartó el pedimento de la viuda[259 bis].

La doctrina, por su parte, se ocupó bien pronto del problema de las calificaciones. Dos eminentes tratadistas trabajaron en esta materia en una forma completa y sistemática. Franz Kahn en sus estudios de Derecho Internacional Privado publicados en 1891, llamó a dichas calificaciones como "colisiones latentes o implícitas", y Etienne Bartin, quien publicó en *"Journal Clunet"* en 1897 un notabilísimo estudio sobre esta materia denominó a su vez con el nombre de "calificacio-

(259 *bis*) V. Paul Lerebours - Pigeonnière e Yvon Loussouarn, *"Droit International Privé"*, París, 1970, p. 459 y sigts.

nes" la concepción existente en un sistema jurídico de una institución o acto jurídico y "conflicto de calificaciones" a la colisión de dos de esas apreciaciones.

Franz Kahn constituye dentro de la Escuela alemana de Derécho Internacional Privado una de las figuras cimeras por lo metódico y sistemático de sus concepciones. En 1891 publicó su trabajo sobre esta materia en *"Iherings Jahrfücher"*, Tomo XVIII, y en él estudia la aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado, la cual en su concepto da lugar a tres clases de conflictos, a saber: 1) *explícitos*, es decir, diversos casos de conflictos en los distintos ordenamientos jurídicos; 2) *conexionados*, o sea, apreciaciones diferentes de los factores de conexión aunque aparentemente parezcan iguales; y, 3) *implícitos* o *latentes*, que él llamó *"gesetzeskollisionen"*, los cuales se refieren a las diversas concepciones existentes en los distintos Estados en su derecho material que tiene repercusión en el Derecho Internacional Privado. A estos conflictos los llamó implícitos o latentes porque están en el fondo de todo derecho material y que se hacen evidentes cuando normas de Derecho Internacional Privado ponen en contacto a uno y otro derecho.

Etienne Bartin, por su parte, desarrolló casi simultáneamente una labor semejante a la de Kahn. Publicó en 1897, en efecto, en *"Journal Clunet"* su estudio pesimista intitulado *"De l'imposibilité d'arriver a la solution définitive des conflits de lois"* con un rigorismo científico resaltante, principios éstos que ya estaban implícitos en sus *"Etudes"*, publicado en 1889. En el referido trabajo señalado en primer lugar, Bartin estudia las diversas instituciones del derecho material de los Estados que al llegar al plano de conflicto plantean verdaderos problemas de Derecho Internacional Privado. Al respecto, en abono de sus ideas, analiza y estudia tres casos prácticos, a saber, el del testamento holandés, el de la viuda maltesa, a los cuales ya nos hemos referido y el de las leyes moratorias dictadas en Francia después de la guerra germano-francesa de 1870. De estos casos concretos, Bartin saca la conclusión relativa a la imposibilidad de llegar a la solución definitiva de los conflic-

tos de leyes porque, como lo evidencian los ejemplos que pone, no es necesario que dos Estados se pongan de acuerdo sobre dos reglas de Derecho Internacional Privado, pues "basta suponer que cada uno la califique de manera diferente, para que el acuerdo teórico sobre estas dos reglas de principios se substituya por un irreductible disentimiento sobre la solución a dar al conflicto"(260). De allí que considere la imposibilidad de solucionar los diversos casos de conflictos de leyes cuando intervienen las calificaciones jurídicas, a pesar de que los sistemas de solución sean idénticos en los distintos Estados en razón de la oposición de dichos sistemas jurídicos nacionales. Es decir, en virtud de la existencia del "carácter nacional de las instituciones"(261) que viene a constituir, precisamente, lo que él llama la calificación.

70.—*Teorías de solución de los conflictos de calificaciones*. Ha quedado demostrado que la diversidad de calificaciones jurídicas en los distintos derechos materiales de los Estados plantean verdaderos conflictos porque, indicada como competente una determinada legislación extranjera, ésta ofrece una apreciación jurídica muy distinta o irreductible con la propia apreciación de la *lex fori*. ¿Cómo solucionar este conflicto?

La doctrina, inspirada en primer término en los estudios de Kahn y Bartin y en investigaciones posteriores, ha agrupado en dos tendencias o teorías la solución de estos conflictos. La primera teoría que estudiaremos será la de la *lex competente* y la segunda la de la *lex fori*.

a) *Teoría de la lex competente*. Dentro de esta concepción se parte de la idea de que cuando están en conflicto dos calificaciones distintas, debe ser aplicada la calificación extranjera en razón del obedecimiento que debe tener el Tribunal de su norma expresa de colisión o de un principio de Derecho Internacional Privado. Son partidarios de esta teoría, Wolff, Despagnet, Valery y Pacchioni entre otros, y todos hacen notar que las disposiciones que califican determinada institución o

(260) V. E. Bartin, "*Etudes*", *Op. cit.*, p. 48.
(261) *Ibid., passim.*

actos jurídicos deben estar subordinadas a las reglas del Derecho Internacional Privado y si éstas indican que es competente un ordenamiento jurídico extranjero, será únicamente y con arreglo al mismo que debe hacerse la calificación jurídica planteada. Por eso esta teoría se llama de la *lex competente* o de la *lex civilis causae,* porque siendo la competente es la que normalmente debe ser aplicada. Wolff, al efecto ha dicho "que el juez nacional que tiene que aplicar una ley extranjera, tiene que aplicar, asimismo, aquellas normas extranjeras cuya aplicación es consecuencia de la clasificación (calificación) legal extranjera, y abstenerse de aplicar las normas extranjeras que sólo a base de una diferente calificación cabría aplicar"[262]. Así, por ejemplo, unos esponsales rotos en París entre franceses y, si de ellos conoce un juez alemán, es evidente que no aplicaría la calificación alemana de un simple hecho privado sino que, de acuerdo con el principio de la *lex civilis causae,* aplicará la calificación jurídica de hecho ilícito del Código Civil francés[262 bis].

Esta teoría tiene sencillamente la consecuencia del pensamiento jurídico de estos juristas que como hemos visto y veremos en el curso de esta obra siempre están del lado de los doctrinarios que quieren hacer Derecho Internacional Privado respetando y haciendo respetar sus normas, reglas y técnicas propias, consagrando el principio de la extraterritorialidad cuando él sea procedente. Sin embargo, el Juez debe tener cuidado con esta teoría porque aplicada sin ninguna limitación puede llevar ella a situaciones ilógicas o paradojales, bien sea por inexistencia de una institución en el derecho nacional que sí existe en el

---

(262) V. Martín Wolff, *Op. cit.,* pp. 89 y 90.

(262 *bis*) Las calificaciones son realmente diferentes, pues para la legislación francesa es un hecho ilícito y para la alemana incumplimiento de contrato. "En consecuencia, dice Wolff, siguiendo el tratamiento jurídico francés de los delitos, sólo deberá conceder indemnización cuando la ruptura sea debida a capricho, ligereza o infidelidad y esto sea demostrado por la parte acusadora", muy distinto por cierto de lo que sucedería en Alemania e incluso en Francia según el Derecho francés en materia de contratos (V. M. Wolff, *op. cit.,* p. 90).

extranjero o porque la calificación de este último derecho lesiona el orden público nacional o va contra los principios de legalidad que imperen dentro del sistema jurídico nacional[262 ter]. En cualquiera de estos casos sería improcedente la calificación dada por la *lex competente*. Por ello muchos autores han visto con irreductible reserva a esta teoría. Un ejemplo de ello es la opinión del Profesor Batiffol, quien precisamente se caracteriza por cierto equilibrio jurídico en sus opiniones. "La idea directriz de la calificación hecha por la *lex causae*, —dice este autor—, es la de aplicar cada ley con sus propias calificaciones. Esto es imposible. Si la regla de conflicto francés, dicen estos autores, (Despagnet, Pacchioni y Wolff), somete el estatuto personal de los griegos a la ley griega, es necesario entender este estatuto tal como esta ley lo entiende. Perspectiva seductora ésta, ya que como la ley griega incluye dentro del matrimonio la celebración religiosa del mismo en tanto que otra regla de conflicto francesa incluye esta cuestión dentro de la forma y sometida por tanto a la ley del lugar de la celebración del acto, el deseo de respetar las dos calificaciones conduce a declarar la nulidad del matrimonio porque una de las dos leyes lo anula". "Se prefiere entonces, realmente, agrega, la calificación griega, mientras que se anuncia el respeto de las dos y esto para llegar a preferir las nulidades o los rechazos de la instancia. Es difícil ver cuál es el argumento de oportu-

---

(262 *ter*) Con esto último queremos referirnos expresamente al caso de la ruptura de esponsales de dos novios franceses cuya formalización ocurrió en Francia y fueron rotos allí, que es el ejemplo que trae Wolff y el cual aparece en el texto. Si de dicha ruptura conoce un Juez venezolano en cuya legislación es un simple contrato privado, es evidente que dicho Juez no podría aplicar la calificación jurídica delictual del derecho francés porque ella contrariaría a los principios de legalidad que imperan dentro del sistema jurídico nacional. Este sistema de legalidad en materia delictual ya ha sido objeto de varias decisiones jurisprudenciales de carácter internacional entre las cuales podríamos citar el caso inglés *The Halley* (1868), (v. Wolff, *Op. cit.* Barcelona 1968, pp. 6, 158, 159 y 461), según el cual ninguna acción en materia de delitos se podría intentar en el territorio nacional si el acto objeto de la acción no fuese procesable en el caso de que se hubiese realizado en dicho territorio.

nidad que puede sostener este sistema que pretendiendo conciliar lo inconciliable se rehusa a escoger, pero escoge realmente y en un sentido bien poco conforme a las exigencias de la vida"[262 quarter].

b) *Teoría de la lex fori*. La mayoría de los autores contemporáneos siguiendo a Kahn y Bartin propician la teoría de la *lex fori* como ley aplicable en caso de conflicto de calificaciones.

Según Niboyet[263], hay dos razones para considerar como competente a la *lex fori* en caso de conflicto de calificaciones. Estas razones son de orden público una, de orden teórico o doctrinario la otra. En atención a la primera, es necesario aplicar la *lex fori* porque de lo contrario el juzgador se encontrará delante de un círculo vicioso y si, por ejemplo, se trata de un testamento ológrafo otorgado por un holandés en Francia, hay en este caso dos leyes a consultar, pues existe por una parte la prohibición civil que afecta a los holandeses de otorgar sus testamentos en esa forma; y, por la otra, la ley francesa que permite el otorgamiento de tales actos. Si se consulta la ley holandesa por cuanto se trata de un problema de capacidad, esa ley será la competente; pero si se consulta la ley francesa, por ser este un problema de forma, la competente será igualmente esta última ley.

De allí que, según el mencionado autor, no podrá conocerse la calificación extranjera sin conocer previamente la calificación del derecho nacional. Por consiguiente, "no se puede saber cuál es la ley extranjera competente si no se ha calificado con anterioridad aquello de que se trate. Hay que aplicar la *lex fori* porque, a nuestro juicio es materialmente imposible proceder de otro modo"[264].

La segunda razón es de carácter doctrinario. En efecto, las calificaciones extranjeras de aplicarse sólo se podría hacer

(262 *quarter*) V. Henri Batiffol, *Op. cit.*, I, pág. 353 *in fine* y 354.

(263) V. J.P. Niboyet, *Op. cit.*, pp. 437 y siguientes.

(264) *Ibid.* p. 348.

en virtud de la existencia de ciertas reglas de Derecho Internacional Privado en un Estado. Luego es a éste al cual corresponde por soberanía fijar las reglas mediante las cuales aquel derecho extranjero se aplicaría. Así, verbigracia, si un Estado establece que las sucesiones se rijan por el principio de la nacionalidad y otros por el domicilio, esos Estados en uso de su soberanía legislativa no están diciendo otra cosa sino su propia concepción particularista de lo que se entiende por sucesión en un Estado y qué se entiende por lo mismo en el otro. Es decir, dos concepciones distintas, pues es la sucesión vista a través del prisma de dos elementos vinculantes distintos. Lo mismo sucede cuando en un Estado se somete la sucesión de los bienes inmuebles a la ley de la situación y los bienes muebles a la ley del domicilio del *de cujus*. Luego en el mismo Estado hay dos criterios distintos con respecto a la sucesión en lo que se refiere a los bienes. De allí que sea cada Estado el que está llamado a decidir en una forma indiscutible sobre sus propias calificaciones. Por consiguiente, asienta Niboyet, "la calificación es una parte integrante del sistema del Derecho Internacional Privado de cada país. Desde el punto de vista doctrinal es, por lo tanto, perfectamente legítimo que el Juez no pueda nunca consultar más que la *lex fori*, por lo mismo que solamente consulta la *lex fori* para las reglas de solución de los conflictos"[265]. "De modo que, agrega, el sistema que hay que adoptar es el de la competencia de la *lex fori*, no sólo por una necesidad de hecho (no es posible hacer otra cosa), sino también por una razón doctrinal, porque las calificaciones son partes integrantes del sistema de los conflictos de leyes"[266].

Sin embargo, debe hacerse notar que hay autores que han formulado algunas excepciones a la aplicación de la *lex fori* en caso de conflicto de calificaciones. Por ejemplo, los bienes, los cuales según Bartin se deben regir por el principio de la *lex rei sitae* que es la que debe fijar la calificación; la ley extranjera escogida y, por consiguiente, la calificación que pueda haber en ella en virtud de la aplicación del principio de la auto-

(265) *Ibid.* p. 349.
(266) *Ibid.*, p. 351.

nomía de la voluntad, excepción ésta formulada igualmente por Bartin; y asimismo cuando se trata de calificar un acto como ilícito o no, en cuyo caso es competente la *lex loci* para determinar esa calificación; y otros, en fin, como Arminjon [(267)], que declaran la incompetencia de la *lex fori* en aquellos casos en los cuales se trata de una institución extranjera no reconocida en el derecho nacional.

Esta teoría de la *lex fori* ha merecido acerbas críticas por parte de los juristas que propician la teoría de la *lex competente*. En efecto, Wolff sostiene que de acuerdo con lo expresado por Kahn y Bartin existe una verdadera separación de las reglas jurídicas del sistema jurídico extranjero considerado como un todo y, por lo tanto, esta desarticulación lleva a resultados realmente incomprensibles cuando se seleccionan casos de conflictos de calificaciones con la aplicación en esa forma de la *lex fori*. "Por eso es preferible partir de la opinión, dice, de que cada regla legal toma su calificación del sistema jurídico al que pertenece. El derecho francés califica las reglas jurídicas francesas, el derecho italiano las reglas italianas y un tribunal inglés, al examinar la aplicabilidad de las reglas francesas, tendrá que tomar en consideración la calificación francesa". No obstante, la aplicación de la calificación extranjera tiene a veces sus limitaciones. "Una regla inglesa de conflicto, puede, expresa o implícitamente, —agrega—, prohibir al tribunal aceptar la calificación extranjera. Tal exclusión puede estar basada, por ejemplo, en principios de justicia o moralidad. Pero esto será una rara excepción". Como es fácil de comprender, estos casos excepcionales no quebrantan el principio general, pues "examinar la aplicabilidad del derecho extranjero sin referencia a sus calificaciones es dejar de considerar al derecho extranjero como es. Bartin y sus seguidores cierran sus ojos a buenos retratos y se quedan satisfechos con una colección de caricaturas"[(267 *bis*)].

---

(267) V. Arminjon, *Op. cit.*, Nº 63, p. 141.

(267 *bis*) V. Martin Wolff, *Op. cit.*, edición de Barcelona, 1958, p. 149.

De allí que Wolff sostenga que a las diferencias a que conducen los conflictos de calificaciones no son tan insolubles ni necesitan de la interpretación caótica construida por la teoría de la *lex fori*. "Las verdaderas dificultades consisten en el ajuste de varios sistemas jurídicos internos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos, dice. Las cuestiones que surgen en este dominio, no están sin embargo, relacionadas con el Derecho Internacional Privado, sino con la interpretación correcta de las reglas legales internas. No pueden surgir donde sólo se aplica un sistema jurídico, sino que emergen únicamente cuando están en discusión hechos que contienen elementos extranjeros"[267 ter].

71.—*Las calificaciones en el derecho venezolano.* En nuestro derecho positivo no existe disposición alguna que se refiera al conflicto de calificaciones. Salvo en nuestro derecho convencional, artículo 6º del Código Bustamante, que autoriza a cada Estado contratante en los casos no previstos en ese Código a aplicar su propia calificación jurídica a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a las leyes extranjeras en lo que se refiere a materia de orden público interno, orden público internacional y materia contractual[268].

E igualmente el Artículo 3° de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado dispone que "cuando la ley de un Estado tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no están contemplados en la legislación de otro Estado parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos".

En materia penal, en los casos referentes a extradición, sí se han presentado en nuestra jurisprudencia casos de conflictos de calificaciones jurídicas. Ello se debe a que las calificaciones sobre los delitos varían de un Estado a otro y, como casi todos los tratados suscritos sobre la materia lo hacen

(267 ter) *Ibid.* p. 160.

(268) V. Artículo 3º de la Convención sobre el Código Bustamante. Este criterio está confirmado en los artículos 9, 22, 32, 112, 113, 131 y 164 de dicho Código.

sobre la base de la doble incriminación, surgen necesariamente problemas de calificaciones. Por ejemplo, hay en nuestro Código Penal calificaciones jurídicas basadas en la nacionalidad del reo, en la clase de delitos cometidos y en el carácter punitivo de los delitos. Así, no se concederá la extradición al individuo de nacionalidad venezolana por ningún motivo. Ni tampoco podrá concederse a un extranjero por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos ni por ningún hecho que esté calificado como tal por la ley venezolana; ni tampoco, en este último caso, cuando el delito tenga asignada en el país requirente la pena de muerte o una pena perpetua[269].

Sobre la base de este artículo se han dictado en Venezuela una gran cantidad de sentencias que configuran una sólida jurisprudencia al respecto. En sentencia de 28 de febrero de 1895 de nuestro alto Tribunal se estableció que no era procedente la extradición si el delito no estaba calificado como tal en la legislación penal venezolana[270]. Asimismo en sentencia de 20 de septiembre de 1917 se reiteró el principio de la no procedencia de la extradición de un condenado a muerte[271]. Otras veces se ha insistido en que sea precisa la calificación jurídica de los hechos delictuosos para decidir la procedencia del pedido[272]. De la misma manera se ha reiterado

(269) V. Artículo 6 del Código Penal.

(270) V. *"Memoria de la Alta Corte Federal y de Casación"*. Caracas, 1896, pp. 311, 312 y 313. V. igualmente en este sentido, sentencia del 8 de julio de 1895, *Ibid., Ibid.*, p. 316.

(271) V. *"Memoria"*, *Op. cit.*, 1918, pp. 132 y 133. Véase igualmente sentencia de 10 de octubre de 1922 en el mismo sentido. *Op. cit.*, 1923, pp. 163 y 164.

(272) V. sentencia de 13 de febrero de 1947 en *"Memoria"*, *Op. cit.*, 1948, pp. 72 a 74. V. igualmente sentencia de 17 de junio de 1948 en Libros de Registro de Sentencias de la Sala Federal de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. de Venezuela, folios 330 a 335.

el principio de que no es procedente la extradición por delitos políticos[273].

La existencia de estos conflictos de calificaciones en materia penal se deben, como es natural, a la competencia de los diversos sistemas jurídicos para apreciar el delito, la pena y la persona del delincuente. Nosotros que tenemos establecido en favor de los nacionales la no extradición, como hemos visto antes, sin menoscabo de que puedan ser enjuiciados en Venezuela a solicitud de la parte agraviada o del Ministerio Público[274], no es compartido este criterio por Argentina, la cual, basada en la doctrina sustentada por el Instituto Americano de Derecho Internacional en su sesión de Montevideo de 1927, sostiene el principio de que "la nacionalidad del reo no podrá ser invocada como causa para denegar su extradición"[275]. De la misma manera nuestra jurisprudencia ha establecido el principio de que es procedente la extradición en los casos en los cuales la calificación jurídica en el fondo es la misma a pesar de que en las respectivas leyes penales tengan nombres diferentes. Así, en sentencia del 4 de abril de 1932 se estableció que "el delito previsto y castigado en el Código Penal colombiano y en otras legislaciones bajo la denominación de "abuso de confianza", corresponde a lo que el Código Penal venezolano define y castiga bajo el nombre de apropiación indebida"[276]. En esto nuestro alto Tribunal seguía el principio ya establecido en la jurisprudencia internacional en el caso *Kohn,* Inglaterra, 1900, cuando se sentó allí que la diferencia de nombre del delito incriminado por la legislación inglesa y la alemana no era un obstáculo para la extradición, porque "si esto no se hiciera, los tratados de extradición no

---

(273) V. sentencia del 11 de abril de 1950 en *"Gaceta Forense"*. Primera Etapa, Nº 4, pp. 116 a 120. V. igualmente sentencia de 17 de noviembre de 1951 en *"Gaceta Forense"*, *Op. cit.* pp. 155-169. Para una consulta *in extenso* sobre esta materia, véase el notable estudio monográfico de Héctor Parra Márquez, *"La extradición"*, México, 1960.

(274) V. Artículo 6 del Código Penal.

(275) V. *"Conferencias Internacionales Americanas"*, 1889 - 1936, Washington, 1938, p. 344.

(276) V. *"Memoria"*, *Op. cit.*, 1933. pp. 152 a 159.

tendrían valor"[277]. Y en igual sentido la sentencia de la Corte de Lieja, (Bélgica), de fecha 8 de enero 1906 en el caso *Jaeger*, contemplado en el tratado germano-belga sobre la materia[278].

Otras veces esas calificaciones penales son marcadamente exageradas por estar interesadas en ellas la estabilidad política del país. La figura jurídica de la piratería, por ejemplo, que tradicionalmente ha estado circunscrita al hecho de que se trataba de un simple bandolerismo marítimo, ha sido ampliado a una figura jurídica distinta al considerar como tal a las insurrecciones o motines navales. En efecto, el Código Penal venezolano al tipificar este delito en la forma tradicional, agrega que se consideran como piratas, y, por lo tanto, sujetos al derecho de policía y jurisdicción extranjera, "los que se declaren en rebelión contra el gobierno de la República"[279]. Como es natural, los demás Estados, por regla general, no aceptan esta calificación interesada y abusiva.

Por último, como ya lo hemos señalado, cuando nos ocupamos de la materia relativa a la extensión dada al orden público en Venezuela[280], ha sido continua en los últimos años la aceptación en la Corte Suprema de Justicia de ciertas calificaciones jurídicas extranjeras como causales de divorcio que no existen como tales en nuestra legislación, pero que en el fondo se asimilan a ellas. Por ejemplo, en sentencia de fecha 24 de enero de 1967, la Corte Suprema de Venezuela a través de su Sala Político-Administrativa, decidió que un divorcio fallado en Alabama, Estados Unidos de América, el 28 de julio de 1961, basado en la causal "crueldad" (¿mental o física?) la asimiló el juzgador venezolano a la causal 3a. del artículo 185

(277) V. Héctor Franco Meza, "*La extradición y los delitos* , (Tesis de grado), Universidad de Chile. Santiago, 1951, p. 206.

(278) *Ibid.*

(279) V. Artículo 153 del Código Penal. Esta extensión adoptada entre nosotros con motivo de la invasión del *Falke*, 1929, ya había sido adoptada por Rusia en 1905 con ocasión de la insurrección del acorazado *Potemkin* (V. Charles Rousseau, "*Derecho Internacional Público*", Madrid, 1957, p. 407).

(280) V. *supra*, *XIII*, 61.

del Código Civil, es decir, a excesos, sevicia o injuria grave que hacen imposible la vida en común [281].

(281) V. "*Repertorio Forense*", Caracas, 1º de febrero de 1967, Nº 121. En el voto disidente de dos Magistrados que corre inserto en este fallo se expresa que en la sentencia a que se refiere la decisión, de la cual ellos discrepan, se dice lo siguiente: "En consecuencia la Corte ordenó, decidió y acordó que los vínculos matrimoniales entre el demandante y demandada hasta ahora sean disueltos y el mencionado K. B. divorciado para siempre de la mencionada B. V. B. por causa de crueldad".

CAPITULO XII

TEMA 6.

54. — LIMITACIONES A LA APLICACION DE LA LEY EXTRANJERA. 55. — LIMITACIONES LEGALES. 56. — LIMITACIONES DOCTRINARIAS. 57. — LA NOCION DE ORDEN PUBLICO. CONCEPTO. 58. — CLASIFICACION. 59. — CONTENIDO Y EFECTOS. 60. — EXTENSION. EL ORDEN PUBLICO COMO PRINCIPIO O COMO EXCEPCION. 61. — EXTENSION EN VENEZUELA. 62. — EL ORDEN PUBLICO EN LAS CONVENCIONES DE MONTEVIDEO, CODIGO BUSTAMANTE Y EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (MONTEVIDEO, 1979).

54.—*Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera.* Como es lógico suponer, la ley extranjera no puede ser aplicada en una forma absoluta en muchos de sus casos, pues las más de las veces encuentra limitaciones, bien sea de carácter legal o doctrinario, en el respectivo derecho nacional del Estado sobre el cual se pretende aplicar.

Estas limitaciones tienen su fundamento en razón de la existencia de ciertos textos legales considerados de orden público, los cuales tienden a tutelar ciertos principios o intereses considerados por la legislación nacional como inderogables; o bien esta valla u obstáculo se encuentra en ciertos principios doctrinarios u otros expuestos por la jurisprudencia, que no permiten, como en el caso anterior, la aplicación de la ley extranjera.

Se deduce de esto que las limitaciones a la ley extranjera son de dos clases, a saber, limitaciones legales y doctrinarias.

55.—*Limitaciones legales.* Como ya hemos visto[188], la aplicación del derecho extranjero tiene lugar como consecuen-

(188) V. *supra*, IX, 49.

cia de un acatamiento de la norma nacional expresa o bien simplemente, por aplicación de los principios generales del Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, el derecho nacional puede expresamente prohibir la aplicación de ese derecho extranjero en razón de que esas normas extranjeras van en contra de determinado orden público que tutela el Estado, como serían los fundamentos de ciertas instituciones patrias, en cuyo caso el legislador prescribe la aplicación de la ley nacional excluyendo la extranjera; en otros casos niega eficacia a ciertos actos otorgados en el extranjero por haber sido realizados en fraude a la ley; asimismo prohibe la realización de determinado acto en su territorio, quedando excluido también los realizados en el extranjero; y, en fin, prescribe determinadas formalidades sin las cuales no es válido el acto efectuado fuera.

Todas estas limitaciones, por ser legales, están consignadas en un texto expreso de este mismo carácter. Así, en Venezuela un extranjero puede ser propietario de bienes inmuebles, pero los derechos que ejerce sobre esas propiedades no se pueden trasmitir por la ley extranjera respectiva, a pesar de que con acuerdo a esta ley pueda hacerlo, sino que tendrá que realizarlo necesariamente por la ley venezolana[189]. Asimismo, el legislador venezolano reconoce implícitamente valor a los documentos privados, los cuales en cualquier forma son válidos en Venezuela, pero limita esta aceptación cuando en razón de la importancia del acto exige la forma auténtica para que puedan surtir efectos en el país, tal como está previsto para los testamentos[190]. Igualmente prohibe en forma terminante la realización de ciertos actos que, aunque válidos en el extranjero por conceptuarse que se refieren a la forma del mismo, no tienen ningún valor en Venezuela. Tal sería, por ejemplo, la prohibición del legislador venezolano de que se acepte en la República el testamento otorgado por dos personas en un mismo acto, el verbal o el ológrafo[191]; otros los somete a ciertos

(189) V. Artículo 10 del Código Civil.
(190) V. Artículo 879 del Código Civil.
(191) V. Artículo 879 del Código Civil.

requisitos tales como los de la ejecución de actos de autoridades extranjeras, los cuales en principio son ejecutados en Venezuela, como la sentencia, sin revisión del fondo, siempre que recíprocamente se haga lo mismo con sentencias venezolanas [192]; y, otros, en fin, les concede completa eficacia a cualquier acto otorgado en el exterior, sea por venezolano o extranjero, pero limita dicho otorgamiento al caso de que "si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse"[193]. Tal sería el caso de la póliza en el contrato de seguro o la fianza que tiene que constar por escrito, pues tal requisito, según la ley venezolana, es esencial a su existencia.

56.—*Limitaciones doctrinarias.* El vacío o ausencia de textos legales en materia de estas limitaciones que excluyen la ley extranjera ha hecho que se formulen una serie de reservas, excepciones o limitaciones de carácter doctrinal.

La fuente de estas limitaciones no es, claro está, la legislación porque no existe al respecto, sino la doctrina y la jurisprudencia. Vale decir, la enseñanza de los tratadistas y la doctrina elaborada por los tribunales. Y la diferencia entre estas limitaciones y las de carácter legal no radican sólo en el fundamento ya señalado, sino también en el carácter y naturaleza de cada una de ellas. En efecto, mientras las legales son limitaciones concretas y especiales, las otras son de carácter general y abstracto, como provenientes de la formulación de la doctrina.

Las principales limitaciones doctrinales de la aplicación de la ley extranjera son: el orden público, el fraude a la ley, la calificación y el reenvío.

Desde un punto de vista práctico hay que tener en cuenta que tales limitaciones o reservas, a pesar de su carácter excepcional, no deben interpretarse con el mismo criterio con que se interpreta el orden público jurídico interno porque, desconociéndose entonces la aplicación de la ley extranjera, se

---

(192) V. Artículo 850 del Código de Procedimiento Civil.

(193) V. Artículo 11 del Código Civil.

está haciendo caso omiso del Derecho Internacional Privado. De allí que el principio latino según el cual la *exceptio est strictissimae interpretationis* no debe llevarse a ultranza en esas clases de limitaciones o exclusiones porque de lo contrario se desconocería la técnica y los principios del Derecho Internacional Privado y su existencia misma. O, en otras palabras, quedaría a un lado todos los progresos doctrinarios que se han logrado en materia de aplicación de la ley extranjera desde Savigny para acá.

57.—*La noción de orden público. Concepto*. Esta noción es en Derecho Internacional Privado exactamente igual desde el punto de vista de su conceptuación como lo es en el orden jurídico interno. Por lo tanto, la noción de dicho orden público resulta imprecisa, inestable y a veces caprichosa, siendo el Estado territorial el encargado de establecerlo.

Es evidente que dentro de la acepción de orden público caben todas aquellas leyes mediante las cuales el Estado tutela altos fines o la estabilidad en el orden jurídico, político, económico y social. Por eso todas las leyes de derecho público son de ese último carácter.

Ulpiano, desde la antigüedad romana, había señalado esa diferencia [194], y bien que referido a la materia convencional, no por eso menos efectivo en todos los campos del derecho. Y es que todas las normas de derecho público el Estado las ha establecido con un fin inderogable de proteger las instituciones jurídicas que él cree necesarias a su existencia o de las instituciones que establezca en el futuro.

Aunque el *substratum* del orden público es ese que acabamos de señalar, las motivaciones legislativas varían en una forma abrumadora. A veces el orden público está referido "a la buena costumbre"[195], "el buen orden en la familia"[196]

---

(194) *Privatorum conventio juri publico non derogat*. Ulpiano, Dig., Lib. L, Título XVII, frag. 45.

(195) V. Artículo 6 del Código Civil.

(196) V. Artículo 142 del Código Civil.

o, simplemente, lo expresa el legislador en razón de la clase de norma que le sirve de sustento[197].

Se ve entonces por estas motivaciones tan diferentes que el orden público es una noción imprecisa y variable tanto en el tiempo como en el espacio. Es variable en este último caso en razón de que existiendo legislaciones distintas en los diversos Estados que forman la comunidad internacional, cada legislador tiene sus propias concepciones sobre las instituciones que tutela. Es variable en el tiempo en atención a que el legislador de cada Estado cambia a veces de criterio de una legislación a otra, dándole vida a instituciones que antes no existían o derogándolas posteriormente. Por ejemplo, entre nosotros, fue de orden público la prohibición de la inquisición de la paternidad ilegítima en el Código anterior al de 1916, en el de esta fecha se admitió. En el de 1922 se volvió a la prohibición hasta que en el vigente de 1942 se estableció nuevamente la concesión de dicha inquisición[198]. Lo mismo sucedió con el divorcio. Antes de 1904 no existía la ruptura del vínculo matrimonial por ese medio. El Código de dicho año lo estableció y su sanción se ha mantenido hasta el presente.

De allí que las características principales de ese concepto de orden público que hemos establecido sean, en primer término, su carácter *local*, en razón de su variabilidad en el espacio; y, en segundo lugar, su carácter *actual*, en virtud de su variabilidad en el tiempo.

La Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, ha establecido, por este carácter restrictivo del orden público, que la ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público (Art. 5).

(197) V. Artículo 212 del Código de Procedimiento Civil.
(198) V. Artículo 220 del Código Civil.

58.—*Clasificación.* Doctrinariamente se ha clasificado el orden público en *interno* o *relativo* y en *internacional* o *absoluto.*

El primero se aplica a todas las personas nacionales o domiciliadas, según el sistema prevaleciente de Derecho Internacional Privado, sin ninguna excepción. Son estas leyes de orden público de carácter personal, es decir, que siguen a la persona donde quiera que se encuentre residenciada, de tránsito o domiciliada[199], a menos que cambien válidamente de nacionalidad o de domicilio para los países en que prive el régimen domiciliario. Tales leyes rigen el estado y capacidad de esos nacionales o domiciliados. El orden público de esta clase es llamado *interno* porque rige a los nacionales o domiciliados únicamente y es denominado también *relativo* en razón de que sólo se refiere a los nacionales en la materia de su estado y capacidad. Son disposiciones éstas, en general, inderogables por parte de los particulares, quienes no pueden renunciar a ellas o relajarlas por convenios particulares[200], pero en cambio sí son derogables cuando en acatamiento a reglas generales de Derecho Internacional Privado se impone la aplicación de un derecho extranjero.

El *orden público internacional* o *absoluto,* por el contrario, rige para todos los habitantes de un Estado, sean éstos nacionales o extranjeros. A diferencia de las leyes anteriores, éstas son *territoriales.* Se imponen a todos sin excepción porque mediante ellas se tutelan grandes intereses considerados esenciales por el Estado legislador y, sobre todo, la estabilidad jurídica, económica y político-social. Convencionalmente se ha llamado a este orden público *internacional* o *absoluto,* porque es de aplicación irrestricta para todos los habitantes, sean éstos nacionales o extranjeros, y, por lo tanto, de aplicación absoluta para el Derecho Internacional Privado; en cambio, las anteriores normas son de aplicación absoluta para el derecho inter-

---

(199) V. Artículo 9 del Código Civil.

(200) V. Artículo 6 del Código Civil.

no. Ejemplos de orden público internacional serían las dos instituciones que hemos señalado anteriormente, a saber, el divorcio y la inquisición de la paternidad ilegítima. Cualquier domiciliado en Venezuela, puede ser demandado válidamente por divorcio, así en su país de origen no exista tal institución. Igualmente puede ser demandado cualquier extranjero en Venezuela por inquisición de paternidad ilegítima, así en su país de origen, por cuestiones religiosas o de estabilidad de la familia, no exista tal inquisición. Es evidente también que a tales instituciones están sometidos los nacionales.

Todas las normas de orden público, sean de orden interno o internacional, tienen por virtud la de excluir en principio la aplicación de la ley extranjera.

59.—*Contenido y efectos*. Las normas de orden público están generadas en una serie de leyes a las cuales el Estado le consagra tal carácter así como también independientemente de esta consagración, en ciertas leyes consideradas de esta naturaleza en razón de la actividad jurídica que reglamenta. En general encontramos normas de orden público en el Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado, Derecho Administrativo, leyes penales, procesales y en ciertas disposiciones de derechos considerados como privados, tales como el civil y mercantil.

En estas últimas leyes figuran normas de orden público en atención a ciertos elementos valorativos tenidos en cuenta por el legislador. Por razones morales no se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior ni el de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión[201]; a veces las razones son de carácter económico como, por ejemplo, la constitución definitiva de compañías en comandita por acciones y compañías anónimas, para las cuales es necesario que esté suscrito la totalidad del capital social y entregado en caja por cada accionista la quinta parte, por lo menos, del monto de las

(201) V. Artículo 50 del Código Civil.

acciones suscritas así como la aprobación por parte de la asamblea general de los aportes que no consistan en numerario[202]; otras veces la razón es necesariamente jurídica como la de las normas que regulan la forma externa de los actos como, por ejemplo, en el caso del testamento otorgado en el extranjero, el cual tiene que ser necesariamente hecho de una manera auténtica[203].

En la práctica, además del efecto excluyente de la ley extranjera que se da en los dos casos de orden público, se puede señalar un efecto *positivo* y otro *negativo*. Es del primer caso cuando una norma de Derecho Internacional Privado indica que es competente determinada legislación extranjera, pero al venir a surtir ésta su efecto en territorio nacional se rechaza por colidir con una norma de orden público, aplicándose en lugar de aquélla esta última, a pesar de que es incompetente. Un ejemplo de ello sería una fianza que se hubiese otorgado en forma verbal, pongamos por caso, en un país extranjero. Si se reclamasen en Venezuela los efectos jurídicos de tal fianza, se aplicaría necesariamente la norma número 545 del Código de Comercio que manda terminantemente la forma escrita para que tal acto pueda existir; es del segundo caso cuando el Derecho Internacional Privado indica que es competente determinada legislación extranjera, pero al aplicarse ésta se observa que va contra la noción de orden público y no se encuentran normas de esta clase que puedan substituir a las rechazadas. Un ejemplo sería una reclamación civil que diera lugar a la aplicación de normas que tuviesen que ver con la institución poligámica. Como tal institución no la tenemos nosotros establecida[204], no podrán hacerse efectivos los efectos civiles de ese matrimonio en Venezuela sin necesidad de aplicar ninguna norma de orden público substitutiva.

60.—*Extensión. El orden público como principio o como excepción.* ¿Cuál es la extensión dada al orden público que

---

(202) V. Artículo 249 del Código de Comercio.

(203) V. Artículo 879 del Código Civil.

(204) V. Artículo 44 del Código Civil.

tiene por finalidad excluir la ley extranjera? Doctrinariamente existen dos posiciones. La primera es sustentada por la Escuela italiana de Mancini y la jurisprudencia y tratadistas franceses que han elevado ese concepto a la categoría de *principio*. La segunda, basada en las ideas de Savigny, lo considera como una mera *excepción* a la regla del Derecho Internacional Privado que manda la aplicación de un derecho extranjero.

De acuerdo con la *primera teoría,* el orden público rechaza en forma absoluta todo derecho extranjero que pretenda aplicarse en detrimento de él. El autor más caracterizado en esta materia es Pascual Estanislao Mancini. La Escuela por él formada dividió a las normas de Derecho Internacional Privado en dos clases: las que sirven a los intereses privados y las que sirven al público. Las primeras están determinadas por la nacionalidad y las segundas por el territorio y sobre estas bases erigieron en un principio rígido lo que podría considerarse como una simple excepción a la regla que manda la aplicación de la ley extranjera. Lo que técnicamente debía considerarse como una simple excepción a la aplicación del derecho extranjero señalado como competente por el Derecho Internacional Privado se transformó en un principio absoluto que, en ningún caso, permitía la aplicación de dicho derecho. De simple quebrantamiento de las reglas del Derecho Internacional Privado se transformó en principio del mismo. De allí que los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado sean dos para esta Escuela italiana: la nacionalidad y el orden público.

Una influencia decisiva de esta doctrina se refleja evidentemente en Pillet. Este eminente Profesor francés llegó a formular un sistema rígido sobre esta materia, el cual condensó de la siguiente manera: "la ley de orden público tiene una competencia absolutamente normal, identificándose con la noción de la ley llamada general"[205]. Según este sistema, la ley general, es decir, la que se aplica a todos los individuos y

(205) V. A. Pillet, *"Principes de Droit International Privé"*, Nos. 182 a 222. Cf. igualmente, J. P. Niboyet, *Op. cit.* p. 382.

a todas las relaciones jurídicas que se suscitan dentro de la esfera de la competencia territorial, es exactamente la misma ley de orden público. Son el anverso y reverso de una misma moneda y, precisamente, por esta generalidad de la ley de orden público es que es la ley normalmente competente. Como en el caso anterior, los conceptos de *generalidad* y *normalidad* son equivalentes. De manera que una ley de orden público por ser una ley territorial por su generalidad se impone y, además, por ser la normalmente competente. Esto, en otras palabras, es erigir a la noción de orden público en un principio absoluto e irrebatible.

Consecuencia lógica de esta enseñanza de los tratadistas franceses son los numerosos señalamientos que en este sentido ha establecido la jurisprudencia de dicho país en diversas oportunidades. Así, ha negado reiteradamente la aplicación de normas extranjeras que regulaban en forma distinta al Código Civil francés la obligación de alimento entre padres e hijos; se desechó toda demanda, hecha antes de 1912, relativa a la inquisición de paternidad ilegítima, proveniente de hijos extranjeros contra padres también extranjeros; se desconoció la existencia de hipotecas sobre bienes muebles realizadas en el extranjero, y así sucesivamente.

La *segunda posición doctrinal* corresponde a Savigny. Para este autor[206], las normas imperativas de carácter jurídico son dos: primero, las que se dan en razón de las personas que son los sujetos naturales del derecho; y, segundo, las que ya no tienen su basamento en la persona sino en finalidades jurídicas de naturaleza político-social. Las primeras son relativas en el sentido de que pueden privar sobre ellas en un momento dado normas extranjeras indicadas como competentes por el Derecho Internacional Privado; y, las segundas, son absolutas en el entendido de que en ningún momento priva el derecho extranjero.

---

(206) V. Federico Carlos de Savigny, *Op. cit.*, VI, 349, págs. 138, 139 y 140.

Siendo este grupo de normas las que campean dentro del Derecho Internacional Privado, ¿cómo cohesionarlas con el principio de la aplicación de la ley extranjera indicada como competente de acuerdo con la regla de la sede de la relación jurídica sostenida por el mismo autor?[207]. Ello es muy posible gracias a la presencia de una nueva fórmula dentro del sistema lógico de Savigny, a saber, la existencia de una comunidad internacional jurídicamente organizada que permite se apliquen como propias las leyes extranjeras en virtud de una obligación jurídica (véase, *supra*, II, 9, 2). Pero, para Savigny, tal aplicación de la ley extranjera, a pesar de ser la competente, no obliga a ello absolutamente. En efecto, considera que ese principio comporta algunas restricciones. "Para decidir sobre una relación de derecho en el caso de colisión entre diferentes Estados independientes, —explica Savigny—, debía aplicar el juez el derecho local a que perteneciese la relación de derecho litigiosa sin distinguir si este derecho es el de su país o el de un Estado extranjero". Sin embargo, "hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derechos entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes, agrega, debe el juez aplicar exclusivamente el derecho nacional, aunque nuestro principio exigiera la aplicación del derecho extranjero. De aquí resulta una serie de excepciones muy importantes"[208].

De esta doctrina se desprende, como puede observarse de su texto, que la aplicación de la ley nacional por razones de orden público es simplemente una necesidad en vista del carácter *jus cogens* de las normas del derecho nacional e igualmente que dicha aplicación es de carácter *excepcional* porque consiste en el quebrantamiento de un principio general de Derecho Internacional Privado como lo es el de la aplicación del derecho extranjero, lo cual es una obligación jurídica. O, en otras palabras, queda allí consagrado la noción de orden público como *excepción*.

---

(207) *Ibid.*

(208) *Ibid*

Tal idea ha sido acogida por la legislación y la jurisprudencia alemana. En el campo legislativo está aceptada plenamente como excepción a la aplicación de la ley extranjera en los casos en que colida con las buenas costumbres o fuere contra la finalidad de una ley alemana, quedando sometida a las mismas condiciones el reconocimiento de una sentencia extranjera[209]. De allí que en la práctica hubiese admitido la jurisprudencia alemana la aplicación de leyes extranjeras consideradas como no lesionantes a las costumbres alemanas tales como, por ejemplo, la facultad que le confiere el derecho francés al marido de vigilar la correspondencia de la mujer. Esto normalmente se considera, de acuerdo con la opinión de prestigiosos tratadistas alemanes, como contrario a las buenas costumbres establecidas en su país. Una demanda de la mujer contra el marido hecha en Alemania por ejercicio de ese derecho francés se rechazaría, por ser el derecho francés el aplicable al caso, pero no así si el marido continuara en Alemania con su práctica de revisión de correspondencia autorizada por la ley francesa y desautorizada por la costumbre alemana. Tampoco sería contrario a las buenas costumbres alemanas, según los mencionados autores, la reclamación de alimentos que hiciese una de las cinco esposas de un matrimonio poligámico a su marido[210].

En cuanto a la no aplicabilidad de la ley extranjera porque atenta contra la finalidad de una ley, esta fórmula del artículo 30 del Código Civil alemán, de suyo demasiado elástica, ha sido interpretada en la práctica por la jurisprudencia alemana en una forma más precisa, es decir, que sólo se podría declarar inaplicable cuando la ley extranjera atacara directamente las bases de la vida política y social alemana[211]. Así, se ha sostenido que no le correspondía derecho a reclamar indemnización esponsalicia a la novia checoslovaca abandonada por apli-

---

(209) V. Artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán y párrafo 328, Nº 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil Alemán.

(210) V. Martín Wolff, *Op. cit.*, p. 108.

(211) *Ibid.* p. 110.

cación de la disposición respectiva del Código checo, y que se consideró que dicha disposición no atacaba directamente las bases de la vida social y política alemana contenidas en el artículo respectivo de la legislación civil de este último país, que sí prevé dicha indemnización[212].

La influencia de Savigny ha sido también decisiva en los tratadistas. Bartin, por ejemplo, desarrolló la idea savigniana de la comunidad de derecho, pero es sobre todo Niboyet[213], quien conceptúa al orden público como un *remedio*, supeditado al hecho de que en los Estados en conflicto exista un mínimo de equivalencia en las instituciones jurídicas.

El mencionado autor no sigue los pasos de su maestro A. Pillet en este punto. Antes por el contrario sostiene que la idea de este último tratadista al identificar la noción de orden público con la de la generalidad de la ley hace una labor superflua, pues según ese sistema hay una coincidencia perfecta entre ambas. Igualmente considera que la noción de orden público es demasiado inestable para poderla identificar con la ley general. Además, la noción de orden público identificada, como se ha visto, con la ley general, tiene, de acuerdo con el sistema de Pillet, una competencia absolutamente normal. "A nuestro juicio, dice Niboyet, por el contrario, convendría adoptar el punto de vista opuesto. Es la ley extranjera la que es aplicable; pero se neutraliza su acción en la medida necesaria para impedir el mal social"[214]. De esta manera surge la fórmula de raíz netamente savigniana de considerar al orden público como un *remedio*, pues mediante él se puede evitar la aplicación de la ley extranjera, interviniendo dicha noción no como la normalmente competente porque en este caso es la extranjera sino como un acto de legítima defensa, como una medida de defensa social, como un remedio. De allí que concluyese Niboyet expresando que "si la noción de orden público es un remedio,

---

(212) *Ibid.*, p. 111.

(213) V. J. P. Niboyet, *Op. cit.*, p. 389.

(214) *Ibid.*, p. 384.

representa, por lo tanto, algo excepcional; es, precisamente, lo contrario de una regla; su competencia no es normal"[215].

De allí que para la aplicación de la ley extranjera, según este autor, es indispensable que exista un mínimo de equivalencia de las instituciones jurídicas entre los diversos países. Si sobrepasa ese mínimum, ya no puede haber aplicación de la ley extranjera y se hace presente la noción de orden público. Así, en un ejemplo citado por el autor que comentamos, un belga puede pedir su divorcio en Francia y obtenerlo porque hay equivalencia de instituciones jurídicas. Mas, no así en otro país donde no existe el divorcio vincular y, por lo tanto, no hay la equivalencia de instituciones. "No se alcanza pues, en este caso, el mínimo de equivalencia jurídica necesario para poder pasar de una legislación a otra, y, entonces, con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera hay que recurrir a la noción de orden público, pues al aplicar dicha ley se quebrantaría el orden del país en donde se la invoca"[216].

61.—*Extensión en Venezuela.* Desde un punto de vista doctrinario, la noción del orden público en relación con el Derecho Internacional Privado ha sido interpretado en Venezuela en una forma siempre restringida. Ello se ha debido a la influencia de la enseñanza universitaria que constantemente ha sido cauta y prudente en lo que a esta materia se refiere.

En efecto, la mayoría de los juristas venezolanos, saturados en esa formación académica, en presencia de un caso de orden público relacionado con el Derecho Internacional Privado, ante el temor de salirse de los principios clásicos, optan por erigirlo en principio y basta que la cuestión planteada roce con esa noción para que se imponga como una valla infranqueable sin dar lugar en ningún momento a la aplicación de la ley extranjera que es la competente. Esta que es la regla general y a la cual se debe atender en primer término, la mayoría

(215) *Ibid.*, p. 385.

(216) *Ibid.*, p. 390.

de nuestros magistrados la han considerado como la excepción y, por consiguiente, a la noción de orden público como principio.

Dentro del orden jurídico interno campea la noción del orden público en una forma indiscutible. Esto es evidente. Cualquier colisión de un derecho material con esta noción, ésta se yergue inderogable. Pero cuando la colisión no es ya con una norma de orden jurídico interno sino con una norma del derecho extranjero, la posición doctrinaria ya no puede ser la misma. Existen dos sistemas jurídicos distintos en colisión, uno nacional y otro extranjero, y este último merece cierta consideración porque si se pretende aplicar no es sino en acatamiento de una norma expresa o por aplicación de los principios generales del Derecho Internacional Privado o por respeto jurídico a los derechos adquiridos. O, en otras palabras, por ser un caso de Derecho Internacional Privado y no de derecho nacional.

Esta posición doctrinaria no ha sido adoptada por la mayoría de nuestros magistrados y son abundantes las sentencias que se han venido dictando hasta el punto de haberse formado una jurisprudencia restringida al respecto. De acuerdo con los principios clásicos, nuestros magistrados han considerado que, desde el punto de vista del orden jurídico interno, todas las leyes son generales en el sentido de que en principio excluyen toda excepción[217] y cuando se presenta ésta que se opone a aquéllas, dicha excepción debe ser interpretada en una forma estricta[218]. Esta posición doctrinal válida para la interpretación del orden público interno se hace asimismo válida, inexplicablemente, como lo acabamos de exponer, para el Derecho Internacional Privado.

Debe tenerse en cuenta, en consecuencia, como lo tiene establecido la jurisprudencia alemana, cuando en cada caso el

---

(217) *Generaliter lex generalis accipi debet.*

(218) *Exceptio est strictissimae interpretaciones.*

derecho extranjero lesiona al orden público alemán, el cual, de acuerdo con el artículo 30 del Código Civil, está delimitado por elementos valorativos, a saber, el ir contra una buena costumbre alemana considerada necesaria jurídicamente a esa vida o ir contra una finalidad indiscutible de una ley de dicho país. En Venezuela no tenemos una norma expresa que nos diga cuando choca un derecho extranjero con el orden público venezolano. Sólo el artículo 6º de nuestro Código Civil tiene establecido, en materia contractual, siguiendo la definición de Ulpiano[219], que no puede renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en las cuales están interesados el orden público o las buenas costumbres. Como se observa, deja establecido dos incógnitas, a saber, el orden público y las buenas costumbres. ¿Qué se entiende por orden público? ¿Qué se entiende por buenas costumbres?

Ya hemos podido notar que el concepto de orden público es una noción sumamente imprecisa, (V. *supra,* XII, 57), siendo una expresión de la ley local y de la actualidad del orden jurídico. Por lo tanto, el legislador venezolano, al igual que el de muchos países no nos explica en qué consiste esta noción sino que simplemente nos la establece en la norma de cualquier ley, sea ésta de carácter civil o mercantil, sea ella de derecho público, teniendo el intérprete el trabajo de averiguar qué intereses superiores de carácter jurídico o político-social tutela el Estado a través de dicha disposición legislativa.

El segundo punto sería averiguar qué se entiende por buenas costumbres. Exactamente como hace el legislador con la noción de orden público, el concepto de "buenas costumbres" no nos lo define. Lo deja establecido sin ninguna calificación jurídica en las normas correspondientes, dejando al intérprete la apreciación de calificar de buenos o malos ciertos actos que fuesen o no contra ciertas prácticas que en el consenso general se consideran como buenas. Así, según el legislador civil no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las

(219) V. Dig. Lib. L., Tít. XVII, frag. 45. V. *supra*, XII, 57, los otros artículos positivos del derecho venezolano en los cuales se hace referencia al orden público.

leyes en cuya observancia estén interesadas las buenas costumbres[220]; así también considera el legislador que en materia de contrato la causa es ilícita cuando es contraria a las buenas costumbres[221]. "En los contratos sinalagmáticos, dijo la Corte de Casación, Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, en sentencia de 19 de enero de 1954, la causa es la ejecución prometida por la otra parte y es ilícita la causa cuando es contraria a la lev o a las buenas costumbres, como, por ejemplo, un préstamo por motivo de juego, donación hecha en razón de un concubinato"[222]; y asimismo en las obligaciones condicionales, la condición contraria a las buenas costumbres hace nula la obligación que depende de ella[223]. Se ve, entonces, que el legislador deja establecido el principio sin que llegue en ningún momento a precisarlo.

Las buenas costumbres las asimila el legislador venezolano no a la noción de orden público y aquéllas como ésta tienen un contenido variable, relativo y, por lo tanto, mudable en el espacio y en el tiempo. El fundamento de la llamada buena costumbre es de carácter moral y la moral, como bien sabemos, es relativa y lo que hoy en Venezuela se tiene como una buena costumbre mañana puede dejar de serlo. La característica de la buena costumbre, como la de orden público, es su carácter actual, que se aplica al concepto que esté vigente, porque ese mismo concepto puede mañana dejar de ser.

Como dijimos antes, a esta labor restrictiva en la interpretación del orden público ha contribuido mucho la cátedra universitaria en Venezuela. Nuestro ilustre Maestro desaparecido a quien el Derecho Internacional Privado venezolano le debe brillantes y sesudas páginas, Dr. Lorenzo Herrera Mendoza, enseñó que el orden público era mal llamado internacio-

---

(220) V. Artículo 6 del Código Civil.

(221) V. Artículo 1.157 del Código Civil.

(222) V. *"Gaceta Forense"*, Nº 3. 2ª E, p. 284. Cf. Oscar Lazo, "*Código Civil de Venezuela*", Caracas, 1965, p. 585.

(223) V. Artículo 1.200 del Código Civil.

nal porque su determinación, enumeración y apreciación se realizaba única y exclusivamente por el derecho nacional. De allí que considerara que incurrían ciertos juristas en confusiones y ambigüedades por generalizar o universalizar las reglas del Derecho Internacional Privado como si la humanidad formase un solo Estado soberano con idénticas instituciones jurídicas y político-sociales. Estimaba igualmente el autor en referencia que desde el cristianismo para acá y en razón del aumento creciente en todo orden de las relaciones en el mundo se habían reducido los más graves contrastes entre los diversos sistemas jurídicos. Pero estos hechos evidentes, según el referido autor, no autorizaban las mencionadas tendencias universalistas de algunos juristas. "Por el contrario, agrega, no se llega a dominar y aplicar correctamente la noción de orden público, si no se parte de un criterio de particularismo nacional; su contenido depende de manera exclusiva del Estado civilizado que con razón o sin ella se considera substancialmente interesado en la conservación, defensa y aplicación de determinadas instituciones imperativas o prohibitivas, las cuales tienen, según la intención del propio legislador, un carácter rigurosamente obligatorio. En el mantenimiento de las instituciones de esta especie se halla comprometida la defensa de la soberanía y de la organización del Estado, el cual no puede permitir desde ningún punto de vista y para ningún efecto que el internacionalismo, el cosmopolitismo, la sociedad y comunicación natural *inter gentes,* o la comunidad jurídica entre los pueblos, llegue hasta constreñirse para que reconozca eficacia a las leyes, actos o sentencias extranjeras que produzcan graves quebrantos de las propias instituciones esenciales"[223 bis].

Tal doctrina está en contradicción con lo enseñado por Savigny desde 1849. El postulado esencial que sirvió para formular las bases modernas del Derecho Internacional Privado fue precisamente el presupuesto lógico de la comunidad internacional jurídicamente organizada, que es realmente lo que permite el desarrollo de la técnica especial de dicho dere-

(223 *bis*) V. Lorenzo Herrera Mendoza, *Op. cit.*, p. 34.

cho. Esta previsión de Savigny ha sido convalidada por el tiempo y a pesar que desde que fue formulada su teoría, más de un siglo, la humanidad avanza indudablemente al establecimiento de esa comunidad de derecho que, aunque imperfecta aún, con el tiempo será un hecho consumado. El jurista de nuestro tiempo no puede estar de espaldas a este hecho evidente y sin menoscabo de lo propio debe contribuir a la realización de este ideal.

Con esto no se quiere decir que debe desaparecer la noción de orden público y aceptar siempre la aplicación de toda ley extranjera que vaya contra esa noción o las buenas costumbres. La enseñanza de Savigny fue tajante al respecto. Dentro de las leyes imperativas que admiten una independencia de la comunidad de derechos entre los diferentes Estados están aquéllas "de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados" y las que se refieren a "instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro"(224). Estas leyes *excepcionales* generan tres clases de normas imperativas o de orden público, fácilmente reducibles a dos. En efecto, dentro del primer grupo están aquellas clases de "leyes absolutas cuyo único motivo y fin es de garantizar por medio de reglas ciertas el ejercicio de los derechos y que, por consiguiente, han sido hechas exclusivamente en interés de los titulares del derecho" (orden público nacional o relativo) y por este motivo "las colisiones a que dan lugar pueden regularse perfectamente según el principio de la más libre comunidad de derecho" (224 *bis*). Dentro del segundo grupo están aquellas leyes que no han sido hechas en interés de las personas titulares de los derechos sino que por el contrario pueden tener por base un motivo moral, político y en general atender a un interés general *(publica utilitas)*. A la par de éstas está la noción de orden público, tan evidente como las leyes anteriores, que no

---

(224) V. F. C. de Savigny, *Op. cit.*, V, 349, p 133 y 139.

(224 *bis*) *Ibid.*, *Ibid.*, p. 140.

permite que un Juez alemán aplicara la incapacidad civil resultante de la muerte civil impuesta en Francia o Rusia para la época por no existir dicha institución en Alemania. "Todas las leyes de esta clase, (es decir, las de *publica utilitas* y la noción del orden público, agregamos nosotros), pertenecen a los casos excepcionales arriba mencionados, dice Savigny, de manera que en lo que respecta a su aplicación cada Estado debe considerarse como absolutamente libre"(224 ter). Por lo tanto Savigny considera como excepcionales todas estas leyes y completamente anómalo el hecho de que puedan prevalecer en caso de colisiones de leyes contra la comunidad de derecho, "pero debe esperarse que, exptesa, por consecuencia del natural desarrollo del derecho en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente a disminuir"(224 quarter).

Y esta es la posición doctrinaria justa. En efecto, se tiene ya establecido que ciertas normas del derecho nacional son inderogables, orden público internacional o absoluto; que existe una comunidad internacional jurídicamente organizada que, aunque imperfecta, gana cada vez más terreno; y que la noción de comunidad internacional es correlativa con la de Derecho Internacional Privado de tal modo que la no existencia del uno supone la no existencia del otro. Por lo tanto, si como juristas estamos contestes en la razón de ser del Derecho Internacional Privado y en la necesidad de su vigencia, no podemos en ningún momento desconocer la existencia de esta comunidad internacional y, por consiguiente, soslayar una de las primeras y esenciales obligaciones jurídicas, como lo enseñó Savigny, la cual es la aplicación del derecho extranjero. Luego éste es el principio, y el rechazo y substitución del derecho extranjero por el nacional o el rechazo de aquél simplemente, debe ser la excepción.

Si peligroso resulta, por ser un exceso, el que el Juez tenga una actitud universalista sin son ni ton en la interpre-

---

(224 ter) *Ibid.*

(224 quarter) *Ibid.*, p. 141.

tación del orden público, igualmente negativo es que dicho Juez le dé "la extensión extraordinaria que la jurisprudencia francesa ha dado al orden público internacional, ha dicho Wolff, lo cual revela los peligros que encerraba la doctrina de Mancini, al desplazarlo de su posición de excepción (que le había dado Savigny) al punto central y elevarlo a la categoría de principio"(225).

Afortunadamente en los últimos años la jurisprudencia venezolana ha hecho ciertos progresos en la interpretación no enteramente restrictiva del orden público internacional. Por ejemplo, en sentencia del 3 de agosto de 1961, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Política-Administrativa consideró en una sentencia extranjera de divorcio cuyo pase se solicitaba, la cual estaba fundamentada en la incompatibilidad de caracteres, válida en el Ecuador, pero inexistente en Venezuela, que "el divorcio es una institución reconocida en Venezuela y que la circunstancia de que en su legislación no figure la causal de incompatibilidad de caracteres, no implica que la sentencia extranjera de divorcio sea ilícita en la República, desde luego que tal causal no es contraria a la noción de orden público y de las buenas costumbres. Antes bien, guarda una marcada analogía de contenido con la causal de exceso, sevicia e injuria grave, inscrita en nuestra legislación. Ambas conducen al divorcio cuando la intemperancia o incompatibilidad de caracteres, traducida en graves reyertas o injurias, hace imposible la vida en común de los cónyuges"(226). Igualmente el mencionado Tribunal, a través de su respectiva Sala, en sentencia de 27 de febrero de 1963, en un juicio de igual índole del anterior, consideró que la causal en que se basó la sentencia, "extrema crueldad", válida en el Estado de California, Estados Unidos de América, pero inexistente en Venezuela, "se puede equiparar, por su denominación y características con la de ex-

---

(225) V. Martín Wolff, *"Derecho Internacional Privado"*. Colección Labor, Barcelona, 1936. Pág. 106.

(226) V. *"Jurisprudencia de Ramírez y Garay"*, Segundo Semestre, 1961, T. 4, p. 441.

cesos, sevicia e injuria grave que hacen imposible la vida en común a que se refiere el ordinal 3º del artículo 185 de nuestro Código Civil", y que, por lo tanto, dicha "sentencia no contiene declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interno"(227). En igual sentido se pronunció la Corte en sentencia de *exequatur* de un divorcio cubano basado en el "mutuo consentimiento". En efecto, la Corte consideró que el artículo 189 del Código Civil admite como causa para la separación de cuerpos las seis causales que establece el artículo 185 *ejusdem* para el divorcio y, además, el mutuo consentimiento. "De donde se desprende que, dice la Corte, a través de la causal de consentimiento mutuo, puede obtenerse en Venezuela válidamente el divorcio, sometiéndose únicamente a la formalidad de un plazo determinado, la separación previa de los cónyuges". "Por consiguiente, termina diciendo el mencionado Tribunal, estando contemplado el consentimiento mutuo como posible causa de divorcio en Venezuela, aunque con la formalidad previa de la separación de cuerpos, es necesario admitir que una sentencia de divorcio extranjera dada en esa causal, no es contraria al ordenamiento legal venezolano, aunque en la respectiva legislación del país en donde se dictó dicho fallo, no se prevea el procedimiento previo de la separación de cuerpos en la forma como lo consagra la legislación"(228).

Sin embargo, esta jurisprudencia progresista no ha sido del todo uniforme, pues la misma Corte ha cambiado de criterio a veces en un corto espacio de tiempo. Por ejemplo, en sentencia de 27 de febrero de 1962, el Tribunal supremo conce-

---

(227) *Ibid*. T. VIII, p. 419

(228) Ibid. T. VII, p. 448. Menos mal que esta causal del mutuo consentimiento está mucho más clarificada que en el caso de que trata la decisión, pues el Artículo 185-A, creado en la reforma del Código Civil sancionada el 6 de julio de 1982, se establece prácticamente el mutuo consentimiento de los esposos para el divorcio cuando ha mediado una separación de hecho de cinco años de los cónyuges venezolanos. Cuando la solicitud fuese presentada por un extranjero que hubiese contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez años en el país. En cualquiera de los dos casos, si el cónyuge citado reconoce el hecho y el Fiscal del Ministerio Público no hiciese oposición al procedimiento, el Juez declarará el divorcio en la décimosegunda audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.

dió *exequatur* a una sentencia de divorcio dictada en Chihuahua, (México), en la cual, según el voto disidente de un magistrado[229], las causales alegadas por el actor fueron las del abandono de domicilio y las de las obligaciones matrimoniales por más de tres meses sin causa por parte de la demandada y la separación de hecho por más de dos años consecutivos, causales éstas que quedaron "acreditadas, como dice la sentencia, mediante la confesión tácita de la demandada a la que se declara confesa en las posiciones que le articuló su contraparte y cuyas posiciones fueron calificadas de legales en la diligencia que tuvo verificativo sin la asistencia de los interesados, según lo disponen los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicados supletoriamente y dicha confesión *ficta* hace prueba plena de conformidad con el artículo 371 del mencionado Código, por lo que es procedente decretar la disolución del vínculo matrimonial solicitada"[230]. Esta sentencia fue aceptada y se le dio el pase correspondiente, a pesar de que, según la ley mexicana, se establece como válido aun en materia de divorcio que la confesión *ficta* hace plena prueba y en Venezuela no, sobre todo en materia de divorcio que es de orden público. Ahora bien, con fecha 3 de agosto de 1966 la misma Corte, con motivo de una sentencia proveniente de Ciudad de México [231] rechazó dicho fallo que se basaba en tres causales: separación del demandado del hogar conyugal, falta de dinero para alimento de la actora e injurias proferidas por el demandado, de las cuales aquella sentencia acogió sólo la relativa a las injurias, ya que según la mencionada sentencia extranjera, esta última causal "debe estimarse plenamente acreditada con la confesión expresa del demandado"[232]). Esta sentencia fue rechazada no por la no validez en Venezuela de la confesión expresa o tácita en materia de divorcio sino porque en el fallo extranjero no se determinaron los hechos o cir-

(229) *Ibdi.*, *Ibid.*, T. V, pp. 550 y 551.

(230) *Ibid.*

(231) V. *"Gaceta Oficial de la República de Venezuela"*, Nº 28. 109, del 15 de agosto de 1966.

(232) *Ibid.*

cunstancias que configuraron la "injuria grave", razón por la cual "la Corte se encuentra en la imposibilidad de apreciar si los hechos, calificados en la sentencia como injuria grave, reúnen las características necesarias para merecer igual calificación según la ley y la jurisprudencia nacionales y por consiguiente si son o no contrarias al orden público"[233]. Lo cual no es sencillamente sino una revisión al fondo de la sentencia, cuando estuvo probada la reciprocidad.

Como ha podido notarse, en ambas sentencias extranjeras no fue causa suficiente la confesión *ficta* de la parte demandada para que se rechazase la sentencia proveniente de Chihuahua; ni tampoco lo fue la confesión expresa de la parte demandada para que se rechazase la proveniente de Ciudad de México, planteándose con esto un interesante punto de Derecho Internacional Privado. El Magistrado disidente a que nos hemos referido, Dr. Jonás Barrios E., al formular su voto salvado a la primera de las referidas sentencias, sostiene la tesis de que la confesión tácita de la demandada quebranta nuestro ordenamiento jurídico, la cual, como se expresó, fue calificada de legal por el tribunal extranjero de acuerdo con los artículos 304 y 305 de su Código de Procedimiento Civil y calificada además de haber hecho plena prueba de conformidad con el artículo 371 del mismo Código. "En efecto, manifiesta el Magistrado disidente, sería contrario al interés social del mantenimiento del matrimonio, el que éste puede ser disuelto por medio de la confesión de la parte demandada"[234].

El problema jurídico radicaría en saber si las mencionadas normas del derecho mexicano aplicadas a una sentencia de divorcio que va a surtir sus efectos en Venezuela quebrantarían el orden público venezolano. Explica entonces el exponente que sólo la ley venezolana es la competente para determinar el asunto, pues no hay tratado que venga al caso entre México

---

(233) *Ibid.*

(234) V. Ramírez y Garay, *Op. cit.*, T. V., Primer Semestre, 1962, p. 551.

y Venezuela, además, el Código Bustamante ha sido reservado en la materia de ejecución de sentencias extranjeras y México no lo ha ratificado. Por consiguiente, se deduce de la exposición del Magistrado disidente que la norma aplicable es el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, inciso 4°, ahora 851, 6°, el cual dispone que para darle pase a la sentencia extranjera, ésta no debe contener "declaraciones y disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República".

¿Tiene razón en su tesis el ilustrado jurista? Sinceramente creemos que no. En abono de nuestra negativa está todo lo que hemos expuesto sobre la posición doctrinaria que se debe adoptar en materia de interpretación del orden público internacional que es muy distinto a la que se le debe dar a la misma noción dentro del sistema jurídico interno. En el punto planteado si bien no se puede aplicar ningún tratado porque no existe, tampoco se puede aplicar la norma expresa clara y escuetamente como lo hace el exponente porque ésta necesita interpretarse, es decir, relacionar un supuesto general o abstracto (la prohibición) con un hecho concreto (la confesión *ficta* o expresa) y de esta relación sacar la interpretación jurídica de si tales hechos hieren o no al orden público venezolano. De manera que única y exclusivamente serán los principios generales del Derecho Internacional Privado los que servirán para dar la verdadera interpretación jurídica a dicha norma, por ser un caso de este último derecho y no de derecho interno. Por otra parte, la opinión jurídica del Magistrado disidente pone de manifiesto el desconocimiento de toda una labor científica del derecho elaborada en Francia a base de jurisprudencia mediante la adopción del principio del orden público con efecto atenuado. Esta noción, de la cual nos ocupamos también en la presente obra, (v. *infra*, párrafo 110, XXII), está consignado en la casación francesa desde 1860 en el caso *Bulkley* y establecido definitivamente en una fórmula mucho más general en el caso *Rivière*, (1953), según la cual "la reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según que ella ponga obstáculos a la adquisición de un derecho en Francia o según que se trate de dejar producir en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude, en el extranjero y

en conformidad con la ley que sea competente en virtud del Derecho Internacional Privado francés" (234 bis).

Para terminar, pues no queremos extendernos demasiado, pues ello ameritaría un lugar distinto, consignamos la opinión de que tales disposiciones extranjeras no hieren el orden público venezolano, pues simplemente son calificaciones jurídicas de un Estado, calificaciones éstas tan respetables como cualesquiera otras. Si con tales calificaciones llegárase a establecer un pronunciamiento que fuese desconocido entre nosotros por impedirlo el orden público o las buenas costumbres venezolanas, entonces sí sería procedente su rechazo. Entendiéndose bien que lo rechazado sería el pronunciamiento que creara determinada institución y no la técnica jurídica interior por medio de la cual se ha pronunciado el referido fallo extranjero.

En efecto, Wolff, siguiendo las enseñanzas de Savigny, ha dicho que "la ley (alemana) pone como condición que la "aplicación" del derecho extranjero resulte contraria a las buenas costumbres; por lo tanto, no es necesario demostrar que la ley extranjera sea reprobable, sino sólo que su aplicación concreta lo resulte"(235). Y para aclarar lo dicho pone varios ejemplos, entre ellos éste: "un neoyorkino no puede casarse con su hijastra en Alemania a pesar de que se lo permita su ley nacional, porque ello repugnaría a la buena costumbre y el matrimonio contraído sería nulo. Pero si se casó con ella en Nueva York y luego, habiéndose trasladado a Berlín, reclama la nulidad, debe rechazarse su demanda porque la aplicación del

---

(234 *bis*) V. Henri Batiffol, *"Droit International Privé"*, París, 1970, T. I., pág. 435. Véase además sobre el mismo punto del referido autor, T. II, pág. 72, sobre inquisición de la paternidad ilegítima; en materia de rogatoria por parte de un tribunal extranjero que verse sobre un acto que va contra el orden público francés, pág. 405; y para la adquisición de derechos en general en materia de *exequatur*, pág. 441.

(235) V. Martín Wolff, *Op. cit.*, p. 108.

derecho americano no conduce en este caso a un resultado inmoral"[236]. Lo cual dicho en otras palabras quiere decir que el matrimonio en referencia, válido para el Estado de Nueva York e inválido para el orden jurídico de Alemania, es, sin embargo, válido en este último país porque el reconocimiento que se hace a ese matrimonio en Alemania, ajustado a una ley extranjera, no va en ningún momento en detrimento de la buena costumbre alemana. Lo que si no sería jurídico sería aceptar la demanda de nulidad de dicho matrimonio prevaliéndose el actor de la prohibición existente en el orden jurídico interno alemán, pues tal matrimonio fue ejecutado conforme a las calificaciones jurídicas de un Estado que pueden ser tan respetables como las de cualquier otro.

62.—***El orden público en las Convenciones de Montevideo, Código Bustamante y en la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979).*** En el Protocolo Adicional a los tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1940 se consignó el principio del orden público en su artículo 4° que ratifica el de 1889, en la siguiente forma: "Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso".

Por su parte, el Código Bustamante, como ya lo hemos visto, considera que las leyes vigentes en cada Estado contratante se encuentran divididas en personales o de orden público interno, basadas en el domicilio o nacionalidad; leyes de orden público absoluto o internacional, que obligan a todos los que residen o están domiciliados en el territorio, sean nacionales o extranjeros; y leyes de orden voluntario o privado (Artículo 3°).

Más adelante el Código detalla en numerosas disposiciones las reglas que son consideradas por dicho instrumento como de orden público internacional y sobre lo cual ha hecho el Dr. Lorenzo Herrera Mendoza un estupendo estudio de acuer-

---

(236) *Ibid*

Aquí

do con las normas ratificadas por Venezuela[237]. La especificación de estas normas dentro del mencionado Código obedece solamente, como lo ha expresado el propio Dr. Bustamante[238], al hecho de dejar claramente establecido cuáles normas son de este determinado carácter y no con el propósito de aumentar la esfera de acción de dicho principio a normas que no lo son.

En la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1979, se estableció que la ley aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado, podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público. Esta norma dentro de esta Convención da a entender claramente que la intención del codificador fue el de permitir la aplicación de la norma que desde un punto de vista de interpretación del Derecho interno quebrante su orden público y que de un punto de vista del Derecho Internacional Privado no lo es así, como en el caso, por ejemplo, del orden público atenuado y del cual hemos hablado anteriormente y en abono de esta interpretación del codificador de Montevideo (1979), está el uso en su texto del verbo "podrá" en lugar de una negativa rotunda. Esto, indudablemente, significa un gran avance en esta obra de codificación.

CAPITULO XIII

63.—EL FRAUDE A LA LEY. CONCEPTO. 64.—ORIGEN. 65.—ELEMENTOS: 1) LA INTENCION DE DEFRAUDAR A LA LEY NORMALMENTE COMPETENTE; 2) CAMBIO EFECTIVO DEL FACTOR DE CONEXION; 3) LA LEGISLACION DEFRAUDADA TIENE QUE SER LA *LEX FORI*. 66.—EFECTOS. 67.—MEDIDAS LEGISLATIVAS Y CONVENCIONALES CONTRA EL FRAUDE A LA LEY.

63.—*El fraude a la ley. Concepto.* Los factores de conexión a que nos hemos referido anteriormente, (V. *supra,* X, 46), la *nacionalidad* y el *domicilio,* están sujetos a cambios por voluntad del agente de derecho y, por lo tanto, este cambio determina la aplicación de un ordenamiento jurídico distinto al que primitivamente debería conocer del asunto, ya que el traslado del factor de conexión lleva como consecuencia la aplicación de ese nuevo derecho conectado por el mencionado factor que ha sido cambiado. Igualmente, en materia contractual, las partes pueden obtener la aplicación para sus contratos de una legislación distinta a la que originariamente debería corresponder por cuestiones de celebración, ejecución, domicilio o nacionalidad de las partes, en virtud de la aplicación del *principio de la autonomía de la voluntad.* Esta posibilidad de cambiar voluntariamente el factor de conexión y, por consiguiente, obtener en forma maliciosa la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero en detrimento de la ley nacional que era la competente, constituye el *fraude a la ley* en Derecho Internacional Privado.

El concepto que existe en el orden jurídico interno, como, por ejemplo, en materia de impuesto sobre la renta, el que declara una renta menor de la percibida o el que pretendiera la nacionalización consignando documentos falsos o declaraciones

que no corresponden a la verdad o bien aquél que en su calidad de deudor transfiera bienes a través de una venta simulada o a precio irrisorio, realiza actos de fraudes a la ley en derecho interno, casos éstos que no corresponden, como se ve claramente, al concepto que existe al respecto en el Derecho Internacional Privado. En efecto, la diferencia entre uno y otro concepto consiste en que el fraude a la ley en derecho interno es la inobservancia maliciosa de una ley interna, en cambio en el Derecho Internacional Privado es la inobservancia igualmente maliciosa de una ley interna mediante la aplicación de una ley extranjera. En el primer caso no hay conflicto de leyes, en el segundo sí. En este último caso, la ley defraudada tiene que ser necesariamente una ley restrictiva o de orden público, porque el agente que realiza el acto bajo el imperio de una ley extranjera bonancible no podría realizarla bajo el dictado de su legislación nacional. Por eso el fraude a la ley constituye una restricción a la aplicación de la ley extranjera.

64.—*Origen.* El concepto de fraude a la ley tiene su *origen* desde el momento en que el sujeto de derecho estuvo en posibilidad de defraudar una ley restrictiva o realizar ciertos actos en detrimento de personas o entidades. De allí que en el Derecho romano antiguo se tomara muy en cuenta estas circunstancias y bajo el imperio de las XII Tablas fuera necesario atenerse en materia contractual al tenor literal de la ley sin que existiese ninguna interpretación. En este primer período no era posible el fraude a la ley, porque aquí el texto era el predominante.

En el período clásico y postclásico del Derecho romano, la situación cambia completamente. Se considera que la letra mata al espíritu y los juristas tratan de indagar cuál fue la intención del legislador, ya que, de acuerdo con el precepto justinianeo, el saber las leyes no era entender sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente de ellas[239]. De allí aquella distinción en el período clásico del que obraba en contra del texto

(239) *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Lib. I, Título III, Ley XVII, *Digesto de Justiniano.*

de la ley, el cual se consideraba que había obrado *contra-legem* y del que obraba contra el espíritu de la ley, el cual se consideraba que obraba *in fraudem legis*. En cambio, en el período postclásico de la época de Justiniano, se introduce un elemento nuevo en el concepto de fraude a la ley, este es, el *dolo*, es decir, la maquinación del agente de derecho, el cual, mediante la realización de actos aisladamente válidos, pretendía burlar el peso de determinada ley de carácter restrictiva o imperativa. De aquí que se hubiese formulado en esta época el principio de *fraus omnia corrumpit*, es decir, "el fraude todo lo corrompe."

Este concepto sobre fraude a la ley es el que viene a tomar su asiento en el Derecho Internacional Privado. La figura jurídica es la misma. Lo que sucede, como lo explicamos anteriormente, es que en este último caso se da con relación a un conflicto de ley. Uno de los casos que llamó poderosamente la atención del mundo jurídico fue el de la princesa *Bauffremont - Bibesco,* al cual se le aplicaron los principios heredados del Derecho romano. El caso fue el siguiente: la condesa de Charaman Chimay se casó con un oficial francés, el príncipe de Bauffremont. En 1874 obtuvo la separación de cuerpos que era lo único que estaba permitido para esa época en Francia. En 1875 adoptó la nacionalidad alemana y en el mismo año se casó en Berlín con el príncipe Bibesco, de nacionalidad rumana. El primer esposo de dicha princesa pidió la nulidad del segundo matrimonio, pues él lo que estaba era separado de cuerpos de su esposa y en 1878 los tribunales franceses consideraron nulo el matrimonio efectuado en Alemania por haber sido realizado en fraude a la ley francesa. A partir de este suceso se establecieron, a través de dicha jurisprudencia, los casos en los cuales se incurre en fraude a la ley. En la práctica diaria dichos casos son muy frecuentes. Por ejemplo, los llamados "divorcios por correspondencia" que se realizaban y realizan en el Estado Libre de Fiume; Reno, Estados Unidos de América; Tlaxcala (México); y Klausemburg (Hungría), son una buena fuente de actos jurídicos realizados en fraude a la ley. El Tribunal supremo de Venezuela ha tenido oportunidad de rechazar innumerables sentencias de divorcio obtenidas en México porque los interesados nunca han tenido establecido su domi-

cilio en ese país y algunos ni siquiera han viajado a él con ocasión de su divorcio.

Otras veces el agente ejecuta actos aislados válidos como la naturalización en el caso Bauffremont - Bibesco y así puede perfectamente una persona obtener la nacionalidad inglesa para desheredar de su legítima a los herederos forzosos; o se hacen ciudadanos del Estado de Nueva York para poder celebrar válidamente su matrimonio la hijastra y el padrastro franceses; o bien la compañía mercantil declara tener un domicilio en el extranjero cuando en realidad opera en un país distinto; o bien, por último, las partes contratantes escogen determinada legislación que les es enteramente favorable haciendo uso de la autonomía de la voluntad, porque su legislación nacional es prohibitiva al respecto. Así, los contratos celebrados por las oficinas matrimoniales existentes en Europa que, aunque funcionen en países cuya legislación las prohibe, hacen que conozcan de esos contratos legislaciones extranjeras donde sí tiene validez la reclamación de honorarios provenientes de tales contratos.

Se nota, entonces, por los ejemplos precedentes, que basta que haya en el agente cierto dolo o intención fraudulenta para que, aunados a otros elementos, se tipifique la figura jurídica de que venimos hablando.

65.—*Elementos.* Para que exista fraude a la ley es indispensable que dicha figura jurídica se haya realizado con el concurso de ciertas circunstancias, en cuya ausencia no existe tal fraude. Estos elementos constitutivos son: 1), la intención de defraudar a la ley normalmente competente; 2) el cambio efectivo de un factor de conexión; y, 3) la legislación defraudada tiene que ser la *lex fori.*

1) *La intención de defraudar a la ley normalmente competente.* Este elemento es decisivo en la constitución del fraude. Es de carácter subjetivo, es decir, que hay que apreciar las circunstancias bajo las cuales un individuo desplaza de su apli-

cación a una ley normalmente competente, ya sea por cambio de la nacionalidad o domicilio. Hay que averiguar, entonces, qué intenciones tuvo para el logro de esa aplicación de una ley extranjera y comprobado esto por presunciones graves y de ciertas circunstancias concomitantes, como, verbigracia, la de eludir disposiciones prohibitivas o restrictivas de la ley normalmente competente. Por ejemplo, una persona por cuestiones de salud sale en un viaje hacia Europa y después de una residencia de cuatro años o más realiza un acto jurídico que su ley nacional prohibe. Aquí, evidentemente, el individuo lo que hace es aprovechar las facilidades que le da la legislación del país donde vive, pero el acto no se ha realizado en defraudación de su ley nacional porque no hubo intención de tal. Tiene que concurrir entonces la intención manifiesta, como el que violentamente adopta la nacionalidad británica para desheredar a sus herederos legítimos, complementada esta intención con el hecho de que bajo el imperio de su ley nacional no podría realizar tales actos de desheredar a sus herederos forzosos.

2) *Cambio efectivo del factor de conexión.* Unido al hecho de defraudar a la ley normalmente competente está el cambio efectivo del factor de conexión. Esto quiere decir que el agente tiene que realizar el cambio voluntario, —nacionalidad, domicilio o escogencia real de una ley extranjera—, para que pueda existir tal fraude. Así, por ejemplo, el individuo en cuyo país está vigente el principio domiciliario para el divorcio o disolución del matrimonio, no comete fraude a la ley si da un poder por correspondencia a un abogado en el extranjero o si de visita en ese país lo autoriza debidamente para que lo divorcie. Se ve, evidentemente, que el individuo no ha cambiado de domicilio, luego la ley competente es la nacional y no la extranjera. No ha realizado un acto en fraude a la ley sino sencillamente un acto jurídicamente nulo. Para que haya fraude se necesita que los actos realizados aisladamente para consumar el mismo sean válidos. Como en el caso anterior, el acto de la obtención del nuevo domicilio era falso, ya que, como llegó a comprobarse fehacientemente, el mencionado individuo nunca salió del país. No hubo entonces traslado efectivo del

factor conexión y, por lo tanto, no hubo fraude a la ley. Si, por ejemplo, un ciudadano en cuyo país está prohibido el divorcio vincular, se domicilia en Venezuela y obtiene el divorcio. Tal acto es válido para Venezuela e inválido para el país de origen de este individuo, pues habiendo cambiado de domicilio no cambió de nacionalidad cuando son precisamente las leyes de ésta las que rigen su estado y capacidad así se encuentre domiciliado en el extranjero. En este caso hubo el traslado de un factor de conexión, el domicilio, pero en verdad lo que se necesitaba para realizar el fraude a la ley era otro, a saber, la nacionalidad.

3) *La legislación defraudada tiene que ser la lex fori.* Este elemento es una consecuencia de los anteriormente expuestos, ya que si la intencionalidad del agente y el traslado efectivo del factor conexión no corresponde a la ley del juzgador, no hay fraude a la ley. Para que esta figura exista es necesario que la ley defraudada sea la *lex fori*. Esto quiere decir que si en Venezuela un Juez conoce de un matrimonio realizado en Nueva York entre dos ciudadanos colombianos, un padrastro y una hijastra, quienes se hacen ciudadanos del Estado de Nueva York para poder realizar el mencionado acto de acuerdo con la ley local estadounidense, el Juez venezolano no podrá declarar la defraudación realizada. Este matrimonio, prohibido por las leyes colombianas[240] e igualmente por las venezolanas [241], es válido sin embargo en Venezuela en razón de que la ley defraudada no es la de este último país sino la colombiana. La razón de este requisito es que los Tribunales no tienen por misión sino velar por sus propias leyes y, por lo tanto, ninguna regla del Derecho Internacional Privado les autoriza a que tengan que salvaguardar las demás.

66.—*Efectos.* La posición doctrinaria con respecto al fraude a la ley está determinada por dos actitudes completamente diferentes, a saber, la que erige a dicha figura jurídica

---

(240) V. Ley 57 de 1887 sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional, Art. 13, inciso 2°.

(241) V. Artículo 51 del Código Civil.

en una institución individualizada, especial, y a cuyos actos realizados bajo su imperio niegan toda validez; y, la que considera al fraude a la ley como una simple aplicación de derecho extranjero, sin calificativos fraudulentos de ninguna clase, y, por lo tanto, sin sanción alguna porque la ley nacional, supuestamente burlada, ha dejado de ser competente.

Veamos en desarrollo sumario cada una de estas teorías.

La primera, o sea, la que considera al fraude a la ley como una *figura jurídica individualizada y especial* se basa en el principio clásico *"fraus omnia corrumpit"*. La jurisprudencia y la doctrina francesa han estado uniformes en esta materia. De acuerdo con esta opinión, en un caso de fraude a la ley deben dejarse a un lado las reglas del Derecho Internacional Privado y, por consiguiente, se debe aplicar la ley nacional que se trató de eludir sancionando el acto así realizado con la nulidad consiguiente prevista en dicha ley. Erigido así en figura jurídica propia e individualizada, el fraude a la ley funciona como la noción de orden público. "La noción del fraude a la ley, dice Niboyet, debe aplicarse a todos aquellos casos, de cualquier clase que sea, en que un individuo puede invocar una ley extranjera una vez cometido el fraude, sea cualquiera la materia a que se refiera. Se trata, pues, de un remedio para no aplicar la ley extranjera que normalmente debiera intervenir"[242].

Por otra parte, el fraude a la ley le quita razón de ser al Derecho Internacional Privado porque a través de una facultad mal empleada, aprovecha las reglas de conexión de dicho derecho en beneficio particular. De allí que esta figura tenga mucho parecido con otra, la de abuso de derecho y, por lo tanto, como sostiene Arminjon[243], utilizando el agente la facultad o derecho que le corresponde en una forma fraudulenta o normal, burlando las finalidades que el legislador ha tenido en mente al establecerlas, deja de ser legítima dicha facultad y, consiguientemente, se pierde el derecho a invocarlo.

---

(242) V. Niboyet, *Op. cit.*, p. 440.
(243) V. Arminjon, *Op. cit.*, N° 108, párrafo 239.

La segunda teoría, es decir, la que sostiene que el llamado fraude a la ley es un *caso únicamente de aplicación de la ley extranjera,* sin ningún calificativo y, por lo mismo, sometido a las reglas del Derecho Internacional Privado. De allí que cualquier sanción de nulidad que se encuentre en la ley nacional no será aplicable, pues ella no es competente según las referidas reglas del Derecho Internacional Privado. Las razones que han dado algunos autores sobre esta posición doctrinaria no han resultado del todo convincentes. En efecto, unos han invocado la libertad del individuo para escoger la legislación que a bien tenga; noción ésta que, como ya vimos, se confunde con la de abuso de derecho. Otros han alegado el carácter de investigación subjetiva que hay que realizar para poder determinar si hay fraude o no, lo cual en la práctica resulta dificilísimo.

Por lo tanto, en vista de que estas razones no han convencido porque al argumento de la libertad del individuo se opone la noción de abuso de derecho y, a pesar de que sea muy difícil probar la intencionalidad del agente, el fraude subsiste, algunos autores han sostenido la tesis dentro de esta segunda corriente doctrinaria de considerar al fraude a la ley comprendido dentro de la noción de orden público, en la cual aquél constituiría un simple caso(244).La jurisprudencia y los autores alemanes en su gran mayoría han acogido esta tesis. Wolff(245), ha sostenido que, en su concepto, la noción de orden público es suficiente para combatir eficazmente el fraude a la ley sin necesidad de separar, como lo hace la mayoría de los doctrinarios franceses, la noción de fraude a la ley de la de orden público.

Sin embargo, es necesario hacer notar, como ya lo ha hecho Niboyet(246), que estas nociones son diferentes y que el fraude a la ley, en nuestro modesto concepto, sí tiene una figura jurídica propia en el Derecho Internacional Privado y, por lo tanto, cuando se dé esa figura con la integración de sus ele-

---

(244) V. E. Bartin, *"Etudes de Droit International Privé", Op. cit.*

(245) V. Martin Wolff, *Op. cit.*, p. 88.

(246) V. J. P. Niboyet, *Op. cit.*, p. 442.

mentos constitutivos no habrá más remedio que considerar nulo dicho acto, no porque vaya contra el orden público sino sencillamente porque es un caso de fraude a la ley. Por ejemplo, si dos italianos domiciliados en Venezuela se divorcian aquí, pueden invocar este derecho en Chile, en donde no existe el divorcio, porque este derecho extranjero no quebranta el orden público chileno. Muy distinto sería el caso si esta ley venezolana se aplicara a chilenos que simplemente estaban domiciliados en Venezuela y no habían cambiado de nacionalidad. En tal caso, el rechazo y la nulidad consiguiente no sería, precisamente, de orden público sino por fraude a la ley. Esta diferencia, entonces, del fraude a la ley con la noción de orden público, se debe a que en el fraude a la ley, la legislación defraudada tiene que ser necesariamente la *lex fori*(247).

67.—*Medidas legislativas y convencionales contra el fraude a la ley*. Los diversos Estados han tratado de precaverse contra los distintos casos de actos jurídicos realizados en fraude a la ley. Algunas de estas medidas son de orden legislativo como, por ejemplo, la *Uniform Marriage Evasion Act* de 1912 y la *Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act* de 1907, existente en algunos Estados de los Estados Unidos, mediante las cuales se persigue la anulación de matrimonios celebrados en fraude a la ley y la nulidad de divorcios realizados en el extranjero, igualmente en el caso de fraude. El Código Civil suizo, artículo 61, ordinal 7 y siguientes, declara de la misma manera nulo todo matrimonio realizado en el extranjero cuando éste se haya efectuado precisamente afuera "con la intención manifiesta de eludir los motivos de nulidad del derecho suizo"(248). Algunos otros Estados no tienen en sus sistemas jurídicos disposiciones expresas al respecto. En Chile y Alemania no hay en sus respectivos ordenamientos jurídicos disposiciones como la existente en el derecho suizo, pero en cambio ciertos actos jurídicos importantes relacionados con el estado y capacidad de las personas, matrimonio y sucesión, los

(247) V. *supra*, XIII, 65.
(248) Cf. M. Wolff, *Op. cit.*, p. 84.

hacen regir por la nacionalidad porque es mucho más fácil cambiar el domicilio que obtener una nueva nacionalidad. Con motivo de la redacción del artículo 15 del Código Civil chileno[249], Andrés Bello tuvo una duda con respecto a la posibilidad de que un ciudadano chileno adquiriendo nueva nacionalidad pudiese defraudar a la ley de Chile en lo referente a su estado y capacidad. En efecto, en el proyecto de 1853, Bello había escrito en el artículo 11, inciso 1, "los chilenos permanecen sujetos a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, no obstante su residencia, domicilio o naturalización en país extranjero". A este inciso el propio Bello le hizo el siguiente comentario: si "un chileno que se domicilia en país extranjero, es obligado, por ejemplo, a la porción conyugal y las legítimas respecto de su mujer, de sus ascendientes y descendientes chilenos. ¿Qué sucedería si se naturalizase en país extranjero?"[250]. Se ve, entonces, que tuvo preocupación el proyectista de 1853 de evitar el fraude a la ley, pero ante acto tan serio como la naturalización dejó atrás esa inquietud y en la redacción definitiva del Código Civil de 1856, tal como lo contempla la legislación vigente en Chile, dejó afuera la naturalización conservando las primitivas notas de residencia o domicilio.

En Venezuela tenemos una disposición expresa sobre esta materia en la Ley de Naturalización de 1955, cuando en su artículo 11, inciso 4º, dispone que los venezolanos por naturalización perderán dicha nacionalidad "cuando la obtengan con el fin de substraerse a determinados efectos de una legislación".

---

(249) El art. 15 del Código Civil Chileno dice: "A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero. 1º En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile; 2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos".

(250) V. Andrés Bello, "*Código Civil de la República de Chile*". Obras Completas. Caracas, 1954, Tomo I, p. 39.

Algunos tratados han incluido también disposiciones que indirectamente tratan de evitar el fraude a la ley. Por ejemplo, el Convenio de La Haya sobre divorcio y separación de cuerpos de 1900-1902, aplica la actual ley nacional, pero no concede el divorcio si la causal que servía de fundamento al mismo se hubiese realizado en una época en la cual los esposos tenían una nacionalidad diferente que no permitía como causal, precisamente, a la que había sido invocada. Igualmente el Código Bustamante en algunos casos aislados prevé indirectamente los casos que se hubiesen realizado en fraude a la ley. Por ejemplo, el artículo 52 de dicho Código establece que "el derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges", reservándose cada Estado contratante el derecho de permitir, reconocer o no, el divorcio, separación de cuerpos o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero en los casos, con los efectos o por las causas que no admita su derecho personal (Artículo 53, *ejusdem*).

La Convención interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, establece igualmente que no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte, en vista, precisamente, del fraude a la ley cometido. Sin embargo, el codificador de Montevideo, 1979, aclara el sentido de esa norma que no es precisamente el de desconocer totalmente el principio de que para que haya fraude a la ley es necesario que la ley defraudada sea la *lex fori* que, como vimos anteriormente, (V. *supra*, XIII, párrafo 65,3), es uno de los elementos constitutivos del fraude a la ley. En efecto, el párrafo único del artículo 6° que comentamos, establece que quedaría a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas, con lo cual da la oportunidad de que el Juez acoja el principio doctrinario expuesto tradicionalmente y no declare el fraude a la ley por no estar afectada la *lex fori*.

CAPITULO XI

49.—LA LEY EXTRANJERA. APLICACION. 50.—NATURALEZA JURIDICA DE ESTA LEY: a) TEORIA DE HECHO; b) TEORIA JURIDICA. 51.—PRUEBA. 52.—RECURSO DE CASACION. 53.—LA APLICACION DE LA LEY EXTRANJERA Y SU RECURSO DE CASACION EN LOS CONVENIOS DE MONTEVIDEO, CODIGO BUSTAMANTE Y CONVENCION INTERAMERICANA DE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (MONTEVIDEO, 1979).

49.—*La ley extranjera. Aplicación.* Como ya lo hemos explicado, ante un caso de Derecho Internacional Privado el Juez no está obligado a aplicar sino el ordenamiento jurídico declarado como competente por la respectiva norma de conexión o por un principio general de ese derecho. Esto se debe a varias razones, entre ellas, las siguientes: *primera,* todos los casos de Derecho Internacional Privado son cuestiones de conflictos de leyes sobre los cuales sería técnicamente imposible que el Juez desconociera la existencia de tales normas o principios y resolviera el asunto aplicando única y exclusivamente derecho nacional. El Juez, en efecto, no puede aplicar sino derecho preexistente y una sentencia que haya sido motivada con un derecho impropio es como si el Magistrado hubiese creado normas *ad-hoc,* porque el derecho aplicado es nulo *ab initio* y, por lo tanto, creó normas cuando ha debido aplicar las preexistentes; *segunda,* el estado que vive actualmente el mundo es de comunidad jurídicamente organizada y la aplicación del derecho extranjero no es posible por cortesía internacional, por apreciación graciosa o benevolente del Estado sino que lo es por obligación jurídica, dado el grado de comunidad en que se vive; *tercera,* el Juez o Magistrado está obligado a la aplicación de la ley extranjera por mandato expreso de la misma norma de conexión contenida en su derecho

material que lo obliga a aplicar un ordenamiento jurídico determinado por el factor de conexión o por principio general de ese derecho. Si el Juez o Magistrado no atiende a esta norma o a este principio, está incurriendo en el delito de denegación de justicia, tal como está previsto en el artículo 19° del Código de Procedimiento Civil; y, *cuarta,* por último, el Juez está obligado a aplicar la ley extranjera cuando en un Tratado vigente, en la legislación expresa del Estado que conoce del asunto o en lo que se desprenda de esa misma legislación o en los principios generales del Derecho Internacional Privado aceptados generalmente[161], se establezca como obligatorio la aplicación de ese derecho extranjero, el cual debe ser considerado como incorporado a la legislación nacional a los efectos del juicio.

De allí que el Juez está obligado casi siempre a aplicar derecho extranjero en los casos de conflictos de leyes, aplicación ésta que debe realizarla aun de oficio, haciéndose ayudar para su prueba tanto por las partes o por aquélla a quien le interese o cuando considere insuficiente a ésta, por la vía diplomática.

50.—*Naturaleza jurídica de esta ley.* La ley extranjera ha sido susceptible de apreciación distinta en la doctrina e incluso de una legislación a otra. De manera que esas diversas concepciones las podamos reducir a dos, a saber, las teorías que consideran el derecho extranjero como un *hecho,* y las que conceptúan a dicho derecho como un *derecho* propiamente tal.

a) *Teoría de hecho.* El conjunto de estas teorías se conoce también con el nombre de la *materialización.* Ha sido propugnada por juristas de la Escuela angloamericana, como Story y Westlake[162], y, entre nosotros, por nuestros principales comentaristas, Feo, Sanojo y Borjas[163]

---

(161) V. Artículo 8 del Código de Procedimiento Civil venezolano al respecto, *supra,* III, 11.

(162) V. Story, "*Conflicts of Law*", párrafo 637 y Westlake, "*Private International Law*", pp. 393 y siguientes.

(163) V. Ramón F. Feo, "*Comentarios al Código Civil venezolano*", I, p. 29 y Luis Sanojo, "*Instituciones de Derecho Civil*", *Op. cit.*, I, p. 65 y Arminio Borjas, *Op. cit.*, Tomo VI, p. 270.

Como se ve, según esta doctrina se sostiene que el derecho extranjero es sólo derecho en el territorio en el cual ha sido dictado, Fuera de él, carece de esa naturaleza, es sólo un hecho. La razón que ha obligado a pensar y sostener tales ideas es que las leyes extranjeras no son conocidas en el territoiro en el cual se invocan. Por lo tanto, dichas leyes no se promulgan ni se publican como las leyes nacionales. ¿Cómo se puede, entonces, pretender que sean conocidas? ¿Cómo se podría precisar igualmente el texto, el alcance y su sentido? Por eso, dando por sentado que el derecho extranjero es desconocido, es un hecho, deben las partes interesadas invocarlo y probar su texto, su vigencia, su sentido y alcance.

Esta concepción doctrinaria se basa en cierto modo en un fundamento de seguridad. Es la doctrina clásica y tradicional que tenía su explicación en la época en la cual el sistema del Derecho Internacional Privado no se había desarrollado gracias a los impulsos de Savigny. Ella corre pareja con el antiguo concepto medieval de la territorialidad de la ley. Pero hoy no tiene razón de ser. El concepto de comunidad internacional es un hecho evidente para todos y una de las consecuencias de este estado de comunidad internacional en que se vive es, precisamente, el de aplicar la ley extranjera como un deber jurídico por parte de cada Estado integrante de esa comunidad. Por estas razones, esta teoría resulta anacrónica en los actuales momentos.

b) *Teoría jurídica.* Esta teoría, por el contrario, sostiene que, en términos generales, el derecho extranjero es realmente *derecho,* de la misma naturaleza jurídica que la del derecho nacional.

Dentro de esta teoría hay dos concepciones distintas en cuanto a sus presupuestos lógicos, aunque ambas tienen un mismo fundamento jurídico. Estas concepciones son las que consideran a la ley extranjera como un *derecho extranjero* propiamente tal y las que la conceptúan como un *derecho nacional.*

Según el primer grupo de doctrinas, la ley extranjera debe aplicarse como derecho, pero sin perder su condición de

extranjero. En realidad afirman los que sostienen tal doctrina, Wolff entre otros[164], que el Juez no está obligado a conocer sino su propio derecho. Por consiguiente, el derecho extranjero, por cuanto se trata de un derecho perteneciente a una soberanía distinta que no es promulgado ni publicado en el territorio donde se pretende aplicar, debe ser aplicado conservando su naturaleza propia de derecho extranjero y, por esa razón se debe aplicar e interpretar en los mismos términos en que se hace en su país de origen.

De acuerdo con el segundo grupo de doctrinas, la ley extranjera es sencillamente un *derecho nacional*. Por eso, estas doctrinas encajan dentro de la denominación de *doctrinas de la nacionalización* o de la *incorporación*, porque en ambos casos se incorpora el derecho extranjero al nacional o se lo nacionaliza. Esta teoría ha sido sostenida por un calificado número de juristas contemporáneos entre los cuales podemos citar a Chiovenda[165], Lainé[166], Weiss[167], y Arminjon[168]. En relación con lo sostenido por estos autores, la ley extranjera es derecho nacional o derecho incorporado, pero necesariamente derecho de la misma naturaleza jurídica que el nacional, aplicado e interpretado dentro de sus propios términos. De allí que en principio el Juez no puede aplicar derecho extranjero, si lo aplica es por mandato de su propio ordenamiento o principio general de Derecho Internacional Privado y cuando lo aplica lo hace en la misma forma como procede con el derecho nacional, dándole la interpretación que ese derecho extranjero tiene en su país de origen.

Estas dos apreciaciones doctrinarias, la de hecho y la de derecho, tienen un efecto notable en lo que se refiere a la

---

(164) V. Martin Wolff, *"Derecho Internacional Privado"*, Barcelona, 1958, párrafo 206, pp. 207 y 208.

(165) V. Chiovenda, *"Derecho procesal Ci. :"*, Tomo I, p 352.

(166) V. Armand Lainé, *"La Conference de La Haye relative au Droit International Privé"* en *"Journal"*, 1901, p. 918.

(167) V. André Weiss, *Op. cit.*, p. 603

(168) V. Arminjon, *Op cit.*, p. 280.

prueba de la ley extranjera y a su recurso de casación como vamos a verlo en seguida.

51.—*Prueba*. La prueba de esta ley, como ya lo dijimos, está íntimamente relacionada con la teoría que doctrinariamente acoja el sistema de Derecho Internacional Privado respectivo.

De acuerdo con la teoría de hecho, la prueba le corresponde a la parte interesada que debe demostrar la existencia, la vigencia, el alcance y sentido de tal derecho. Este criterio, entre nosotros, fue sostenido, como ya se vio, por Sanojo quien, en sus *"Instituciones de Derecho Civil venezolano"*, sostuvo la tesis de que "los tribunales no tienen obligación de conocer otras leyes que las de su propio país y por consiguiente toca al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación, probar que la ley existe, siendo el punto una materia de mero hecho"[169]. "Igual prueba debe hacerse sobre la inteligencia que se dé, agrega, en el país extranjero a la ley que se invoca, aplicando, sin embargo, el Tribunal, caso de la ausencia de prueba sobre esta inteligencia, las reglas generales de la interpretación de las leyes"[170].

En igual sentido se expresó Ramón F. Feo cuando manifestó que en todos los casos "en que el Juez debe aplicar la ley extranjera, surge la natural dificultad de la falta de conocimiento del Juez, de tal ley. La ciencia y la jurisprudencia están hasta hoy de acuerdo (salvo alguna que otra opinión contraria) en establecer que no debe considerarse al Magistrado obligado a conocer el derecho extranjero, y que al alegarse, incumbe a la parte interesada presentar la prueba de la ley, admitiéndose a la otra parte hacer la prueba contraria, con todas las reglas establecidas en el procedimiento para la prueba ordinaria. El punto se tiene como punto de hecho y no de derecho"[171]. Dicho autor llega a la conclusión, con Fiore, Sachz y otros juristas, de que en el caso de no conocerse la ley extranjera o falte la prueba, "el Tribunal debe aplicar el derecho propio porque

(169) V. Luis Sanojo, *Op. cit.*, Caracas, 1873, Tomo I, p. 65.

(170) *Ibid.*

(171) V. Ramón F. Feo, *Op. cit.*, Tomo III, p. 185.

ha de presumirse que el contenido del derecho extranjero que debiera aplicarse, sea conforme con el derecho indígena. La cual máxima es consecuencia de la regla general de que incumbe a las partes que se valen de la disposición del derecho extranjero, derogatorio del derecho indígena, establecer la existencia de la regla derogatoria, no haciéndolo, permite la concordancia del derecho extranjero con el derecho indígena"[172].

Y en más o menos iguales términos nuestro insigne Arminio Borjas dio a conocer su opinión cuando en sus *"Comentarios al Código de Procedimiento Civil"* expresó que el derecho extranjero en su interpretación tiene la apreciación de un hecho o de una simple prueba[173], acogiendo como propias las palabras de Crepon, quien había expresado que "las condiciones en las cuales debiera efectuarse la aplicación de las leyes extranjeras, son hartas inciertas y exponen a demasiados errores para que la Corte de Casación pueda consentir en hacerse intérprete de leyes cuyo origen y espíritu y alcance no tienen por qué serles conocidos"[174].

Para el mismo Borjas es evidente que para el caso de *exequatur* es indispensable que la parte interesada haga la prueba correspondiente de las disposiciones pertinentes que exige dicho procedimiento según el artículo 749 del Código de Procedimiento Civil venezolano y, en general, se pronuncia, por considerar a este derecho como un hecho por la incumbencia de esta prueba a las partes solamente sin que el Tribunal pueda proceder de oficio[175]. Al propio tiempo no desconoce la opinión de ciertos autores como Mattirolo[176], Laurenti y Fusinato, que sostienen la tesis de que el Tribunal sí debe aplicar aun de oficio la ley extranjera ya que en el sentir de tales autores es cuestión de orden público y de interés social que así se haga[177].

---

(172) *Ibid.*

(173) V. Borjas, *Op. cit.*, T. VI, pp. 270 y 271.

(174) *Ibid.*, T. IV, pp. 174 y 175.

(175) *Ibid.*, T. VI, pp. 769 y 270.

(176) *Ibid.*, p. 271.

(177) *Ibid.*, p. 270

Esta última es en realidad la tesis predominante y, por lo tanto, señalada la ley competente por la respectiva norma de conexión o principio general de Derecho Internacional Privado o alegada aquélla por alguna de las partes, tiene el Tribunal que proceder de oficio a aplicar dicha ley, valiéndose para ello de los medios de prueba, tales como los que señala el Código Bustamante en sus artículos 410 y 411, según los cuales, a falta de pruebas o si el Juez la estimare por cualquier razón insuficiente, deberá pedir de oficio por la vía diplomática, antes de resolver, que un órgano competente del Estado de cuya legislación se trata, como el Ministerio de Justicia, por ejemplo, certifique el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable. Por lo tanto, no están en lo cierto algunos autores como Lessona, Fiore, Giorgi y, entre nosotros, Feo[178], señalados por Borjas, en el sentido de que en el caso de que las partes "no puedan probar la existencia alegada de la ley extranjera, el Tribunal nacional está dispensado de aplicarla, y puede sentenciar según sus propias leyes, por presumir que las extranjeras sean idénticas a ellas"[179].

Los tratadistas que se pronuncian por la aplicación de la ley extranjera de oficio por parte del Juez se basan en ciertos postulados, de los cuales podemos señalar los siguientes: 1) la ley extranjera es exactamente *derecho,* sea asimilado al nacional o conserve su naturaleza extranjera. Como tal no puede considerarse como un hecho dentro del proceso porque entonces el Juez no podría considerar a su propio derecho como un hecho; 2) en virtud de esta identidad de naturaleza jurídica en ambos derechos, si las partes no piden su aplicación el Juez debe hacerlo como lo hace con su propio derecho; y 3) siendo la misión del Juez en la aplicación del derecho extranjero la de incorporar al proceso en calidad de derecho una o varias disposiciones pertinentes de ese derecho extranjero con las seguridades que prevé el Código Bustamante para su vigencia

(178) V. Ramón F. Feo, "*Estudio sobre el Código de Procedimiento Civil venezolano*", edición de 1962, T. III, p. 192.

(179) V. Borjas, *Op. cit.*, Tomo VI, p. 270.

e interpretación, el argumento de que el Juez normalmente desconoce la legislación universal, no tiene ningún fundamento.

De allí que esta teoría, prevaleciente en la doctrina y en la legislación positiva, haya sido acogida desde 1891 por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Hamburgo, en donde se declaró que "en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes"[180]. Igualmente la han acogido en su legislación Alemania y Austria en los artículos 293 y 271, respectivamente, del Código de Procedimiento Civil.

En nuestra legislación positiva no hay una norma expresa que autorice la aplicación de oficio de la ley extranjera, porque la disposición 850, aparte, del Código de Procedimiento Civil exige la prueba de ley extranjera en forma fehaciente a cargo de laparte interesada por tratarse de un juicio especial como es el del *exequatur*. Deben en consecuencia nuestros jueces aplicar de oficio la ley extranjera cuando se lo ordene un tratado, una norma expresa o lo que se desprenda del espíritu de la legislación patria o por doctrina o acatamiento de los principios generales del Derecho Internacional Privado, tal como está previsto en el artículo 8° de nuestro Código de Procedimiento Civil. La actitud contraria sería totalmente contraproducente y sería darle vigencia a una norma que no existe entre nosotros como, por ejemplo, el artículo 13 del Código Civil argentino, tomado de la obra de codificación de Freitas, quien a su vez la tomó de Story, cuyo artículo dice que "la aplicación de leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes, exceptuándose las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial". Aclarando el mismo legislador argentino en seguida que "la ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba". En este sentido se informa también el Código Civil de Costa Rica, (Art. 11).

(180) V. Duncker Biggs, *Op. cit.*, p. 366.

El Código Civil del Perú sí sigue la doctrina vigente. En su título preliminar, reglas XI y XII, se asienta que "las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, pero si la actuación de la prueba corresponde al Juez, éste puede negar o restringir los medios que considere idóneos", adoptando dicho Código el moderno sistema de recurrir a la vía diplomática para que los Tribunales del Estado cuya legislación se trata de aplicar, expidan un informe sobre la existencia y sentido de dicha ley (regla XII). En Venezuela debe el Tribunal aplicar derecho extranjero cuando se encuentre en presencia de una norma de conexión o bien por acatamiento de un principio general de Derecho Internacional Privado. En cualquiera de estos casos, puede proceder de oficio y, de acuerdo, con el Código Bustamante, en artículos no reservados por Venezuela, la parte que invoque un derecho extranjero o disienta de él, podrá justificar debidamente legalizado su texto, vigencia y sentido mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trata, o bien recurrir al procedimiento diplomático mediante el cual el Tribunal Supremo, o cualquiera de sus Salas, o el Ministerio Fiscal, o el Ministerio de Justicia extranjero le certifique aquellos extremos porque considere insuficiente la prueba presentada o bien porque no se hubiere hecho[181]

La Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero concluida en Montevideo de 1979 que Venezuela ha ratificado, establece como medios idóneos de prueba del derecho extranjero: a) la prueba documental que resulta de las copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales; b) la prueba judicial

(181) V. artículos 408, 409, 410 y 411 del Código Bustamante. En Venezuela se han dado casos de aplicación de oficio de derecho extranjero por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y del Estado Miranda en sentencias de fecha 27 de junio de 1960, confirmada por la Corte Superior Primera con fecha 21 de julio de 1961; y nuevamente por el referido Juzgado con fecha 29 de setiembre de 1966.

que consiste en dictámenes de abogados o expertos en la materia; y c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal sobre determinados aspectos (Art. 3°). Además la Convención establece un sistema de prueba libre, en el sentido de que deja en libertad a los Estados partes en la Convención de aplicar lo que anteriormente habían establecido en tratados bilaterales o multilaterales sobre la materia o que suscribiesen en el futuro así como las prácticas más favorables que hubiesen observado o pudieran observar en sus relaciones con los demás Estados.

Pero la Convención tiene un aspecto restrictivo sobre la doctrina general cuando establece en su Artículo 6, tercer Aparte, que "el Estado que reciba los informes a que alude el artículo 3°,c, de la referida Convención, no está obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida".

52.—*Recurso de casación.* Este recurso es una consecuencia evidente de la doctrina, pues siendo el derecho extranjero exactamente igual en su naturaleza jurídica al nacional, tiene que tener aquél igualmente el *recurso de casación* en los mismos términos, casos y condiciones en que los tiene este último derecho.

Según el Dr. Lorenzo Herrera Mendoza[182], es procedente dicho recurso en los siguientes casos, *Primero:* Cuando el Tribunal de instancia no aplicó el derecho nacional que era el competente para la relación jurídica planteada. En su lugar, el Tribunal aplicó la ley extranjera y sobre esa base decidió la cuestión. *Segundo:* Cuando el Tribunal de instancia aplicó la ley nacional, ya que la sentencia ha debido basarse en la ley extranjera. En este caso se ha hecho una nula aplicación de la ley extranjera y se ha infringido una norma de conexión del sistema jurídico respectivo. *Tercero:* Cuando el Tribunal de instancia aplicó la ley extranjera, pero esta aplicación es errónea porque se ha interpretado mal o se ha aplicado una norma distinta. *Cuarto:* Cuando la ley extranjera y la nacional son

(182) V. Lorenzo Herrera Mendoza, *Op. cit.*, pág. 56 y siguientes.

idénticas y aplicada la extranjera, ésta resulta erróneamente interpretada. En este caso es como si se hubiese interpretado erróneamente el derecho nacional; y *Quinto:* Cuando el derecho nacional no impone la aplicación de la ley extranjera, pero entre ésta y aquél existe una estrecha relación determinada por la ley territorial. En este caso, en virtud de esa estrecha relación, habrá recurso de casación cuando el Tribunal al aplicar la ley extranjera lo hace erróneamente con lo cual también está aplicando la nacional contrariando su sentido y alcance. Un ejemplo que trae el Dr. Herrera Mendoza es el relativo al régimen de la mujer venezolana casada con extranjero en lo que se refiere a los derechos civiles según el Código Civil de 1922. Así, el Art. 22 de dicho Código estatuyó ese régimen cuando dispuso que "la venezolana que se casare con un extranjero se reputará como extranjera respecto de los derechos propios de los venezolanos, siempre que por el hecho del matrimonio adquiera la nacionalidad del marido mientras permanezca casada". Tal régimen existente entre nosotros desde 1873 y suprimido en 1942, establecía una estrecha relación con la legislación sobre nacionalidad vigente en el sistema jurídico del marido. Y es claro que cualquier infracción de la una comportaría una infracción en la otra. Igual caso podría darse con motivo del artículo 10 de la Ley de Propiedad Industrial vigente, cuando determina que los inventos, mejoras y modelos o dibujos industriales patentados en país extranjero podrán registrarse igualmente en Venezuela, previo el cumplimiento de las formalidades y requisitos legales. En este caso, "la patente se expedirá por el término que permite la ley venezolana o por el que falte para extinguirse la patente concedida en país extranjero, si este último término fuera menor".

Para el Dr. Angel César Rivas, notable Profesor que fue de esta disciplina en la Universidad Central de Venezuela, el problema de la casación de la ley extranjera no ofrece dudas[183], porque, por encima de todas las cosas, el legislador

(183) V. Angel César Rivas, *"De la observancia de la ley extranjera y de su garantía"* en "Anales de la Universidad Central de Venezuela", junio de 1906, pp. 257 a 286; Cf. igualmente, Lorenzo Herrera Mendoza, *Op. cit.*, pág. 57 y siguientes, y Hector García Chuecos, *"Derecho Internacional Privado venezolano"*. (Notas para una exposición de sus principios). (Tesis doctoral). Caracas, 1932, p. 17.

venezolano se ha preocupado no únicamente de la observancia de la ley extranjera en su territorio, —parte final del artículo 26 del Código Civil y parte final del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil—, sino que también ha tenido en forma principal o singular, como dice el autor que comentamos, la aplicación del Derecho Internacional Privado, ya que nuestro legislador "respeta ciertas normas generales de los Estados, a cuya creación contribuyó, o, por lo menos, a cuyo imperio se sometió la nación al constituirse". O dicho en otras palabras, respeta "la suma de principios reglamentarios de la conducta que a los Estados cumple seguir como miembros que son de la comunidad internacional"[184]

De allí que, de acuerdo con el mencionado autor, el recurso de casación para la ley extranjera sea procedente en los siguientes casos, *Primero:* Cuando el Juez dejare de aplicar el derecho extranjero en los casos en que expresamente se lo ordena la ley venezolana; *Segundo:* Cuando el Juez no aplicare el derecho extranjero en los casos permitidos por el Derecho Internacional Privado; y *Tercero:* Cuando haya hecho una aplicación errónea o equivocada del derecho extranjero en cualquiera de los dos casos anteriores. La procedencia de este recurso está puesta de manifiesto por el autor cuando expresa que "tanto en Venezuela como en los demás países donde existe el Tribunal llamado a conocer del recurso tiene el principal encargo de procurar la uniformidad de la legislación; porque es de todo necesario que en la interpretación de las leyes no existan criterios diferentes sobre un mismo punto; pues la justicia rechaza la posibilidad de que a una misma situación jurídica puedan corresponderle contrapuestas decisiones. Así, cuando se dice que el Tribunal de casación persigue la uniformidad de la jurisprudencia, no ha querido expresarse el absurdo de que sólo ha de ocuparse en sostener fallos que la mente del legislador patrio inspira; también ha querido decirse que es deber suyo invalidar las decisiones que no se ajustaren al principio que revela el texto extranjero a que hubo de recurrirse"[185].

---

(184) V. Angel César Rivas, *Op. cit.*, pp. 257 a 286.
(185) *Ibid., Ibid.*

Es evidente que esta tesis no encaja dentro de los planteamientos que ha hecho Arminio Borjas porque, como ya ha sido expuesto, el recurso de casación por falta de aplicación o por aplicación errónea de la ley extranjera, la admite el mencionado autor en el sentido de que considera procedente dicho recurso, —en términos generales, pues él en esta parte de la exposición se ocupa del *exequatur*—, en el caso de que se haya dejado de aplicar una ley extranjera por exigirlo así una disposición expresa, pues con ello se infringe la ley nacional que manda aplicar aquélla; en cambio no lo admite en el caso de que haya habido mala o errónea aplicación de la misma, porque de acuerdo con sus palabras, su "interpretación equivale a la apreciación soberana de un hecho o de una prueba"[186]. Cuando Borjas se ocupa del recurso de casación, expresa claramente esta idea al sostener que "es evidente que tampoco pueden dar lugar a dicho recurso las infracciones de leyes extranjeras en que puedan incurrir los Tribunales cuando tengan necesidad de aplicarlas, porque la casación sólo tiene por objeto la unidad de aplicación correcta de la legislación nacional; y en el supuesto de que la ley extranjera violada deba considerarse de obligatorio cumplimiento en Venezuela por disponerlo categóricamente algún precepto legislativo, será éste el infringido, pues al nacionalizar por adopción el texto extranjero, lo habrá declarado parte integrante del suyo"[187]. Como se comprenderá, esto encaja perfectamente bien dentro de la doctrina que considera al derecho extranjero como un hecho porque de lo contrario se presentaría el caso más irregular. En efecto, se puede dar la circunstancia de que la legislación respectiva mande a aplicar una ley extranjera cualquiera, pero la interpretación que le da el Juez a esa disposición extranjera es a todas luces equivocada. No ha habido mala apli-

(186) V. Borjas, *Op. cit.*, T. VI, p. 271.

(187) *Ibid.*, *Ibid.*, T. IV, p. 174.

(187 *bis*) V. sentencia de 31 de octubre de 1961 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, en la cual admitió recurso de casación por errónea interpretación del derecho extranjero; y en igual sentido, sentencia de 25 de abril de 1966 de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y del Estado Miranda.

cación de la norma legal nacional, pero sí mala interpretación de la extranjera. ¿Se podría alegar, entonces, en buen derecho, un recurso de casación basado en tal errónea interpretación? He aquí, precisamente, la bondad de la tesis jurídica sustentada moderadamente por todos los tratadistas de Derecho Internacional Privado[187 bis].

53.—*La aplicación de la ley extranjera y su recurso de casación en los Convenios de Montevideo, Código Bustamante y Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado* (Montevideo, 1979). En el Protocolo adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado celebrado en Montevideo el día 13 de febrero de 1889, ratificado en 1940, se dejó sentado en forma definitiva la necesidad de la aplicación de la ley extranjera como propia por cada uno de los Estados contratantes, al determinarse que "las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trata" (Artículo 1° de dicho Protocolo), expresándose que dicha aplicación podría hacerse de oficio por el Tribunal, sin perjuicio de que las partes pudiesen alegar y probar la existencia de la ley invocada (Artículo 2°, *ejusdem*). En igual sentido se pronunció el Código Bustamante al consignar que "los Jueces y Tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere" (Artículo 408).

El recurso de casación está también resuelto favorablemente tanto en un Código como en el otro cuando se expresa en el aludido Protocolo que "todos los recursos acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio, para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados" (artículo 3°, *ejusdem)*; y, por su parte, el Código Bustamante asentó que "en todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contra-

tante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional" (Artículo 412, *ejusdem*).

En la Convención interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, concluida en Montevideo, 1979, se reitera este principio de la obligatoriedad de aplicar derecho extranjero por parte de las autoridades jurisdiccionales y sin perjuicio de que la parte interesada pueda alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada (Art. 2°). Sin embargo, esta Convención consignó una excepción a este principio general al establecer que cuando un Estado parte tenga instituciones o procedimientos que no existan en el Estado que importa la norma, éste se abstendrá de aplicar dicho derecho extranjero (Art. 3°). Igualmente esta Convención concede el recurso de casación al establecer en su artículo 4° que todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para la interpretación, sentido y alcance de la norma extranjera.